Compendio de Filosofía del Derecho

**

Los medios del Derecho

Michel Villey

EUNSA

COMPENDIO DE FILOSOFIA DEL DERECHO

LOS MEDIOS DEL DERECHO



Título original: *Philosophie du droit. II. Les moyens du droit.*

Traductor: Luis Horno Liria.

ISBN 84-313-0718-8.

ISBN 84-313-0721-8 (Obra completa).

Depósito legal NA. 13.-1979 (II).

Printed in Spain - Impreso en España.

Impreso en E. Gómez, S. L. Iturrondo, 3, Burlada (Navarra), 1981.

MICHEL VILLEY

COMPENDIO DE FILOSOFIA DEL DERECHO

**

LOS MEDIOS DEL DERECHO

EDICIONES UNIVERSIDAD DE NAVARRA, S. A.
PAMPLONA, 1981

INDICE GENERAL

PAGINA

PAGINA

TITULO SEGUNDO

CAPITULO I

CAPITULO II

PROLOGO

Esta obra constituye la continuación de nuestra *Filosofía del derecho* —Tomo I «Definición y fines del derecho» (2.ª ed. 1978, ed. castellana 1979)— que se supone ya conocida por el lector. Pero como ello no es obligatorio, he aquí un resumen muy breve del contenido del primer tomo. Lo voy a tomar prestado de la recensión que de él publicó J. Aguilar y Morñeras en la «Revista Americana de Ciencias Jurídicas» (1976, p. 37)— aunque, salvo en su final, esta recensión sea seguramente demasiado elogiosa. Hagamos notar que versa sobre la primera edición del libro, a la cual la segunda aporta numerosas correcciones.

«*I. Nos llega de París un nuevo manual que no se parece a los habituales modelos del género.*

Suelen ser estos meras compilaciones, cuyo valor se mide por el volumen de su índice onomástico. Hábitos estos heredados de la Escolástica o de la ciencia alemana. Pues la teoría jurídica alemana, que no ha perdido su prestigio y que nos sirve de pauta, además de ser gustosamente nebulosa, se halla sobrecargada de erudición. Celebro por eso que de la patria de Molière y de La Fontaine nos venga algo menos pedante.

No es que yo dude de la extensión de la cultura de Michel Villey. Sus artículos publicados en la revista francesa «Archives de Philosophie du Droit», su excelente

«Formation de la pensée juridique moderne» *y, sobre todo, sus dos tomos de* «Essais», *que son sus mejores obras, la tienen bien probada. Pero en este «Manual» ha desaparecido ese bagaje. Aquí ya no se cita en cada página a Kelsen, a Hart, a Alf Ross o a Hohfeld. Claro que Villey escribe en su* «Critique de la pensée juridique moderne» *(pág. 17), que «la vocación del filósofo es liberarse de la opinión». Y que el medio de desembarazarse de ella es apoyarse sobre otras opiniones más antiguas. Pues aunque la ciencia y la técnica de nuestro tiempo han progresado y aunque los problemas prácticos se han de tratar en función de las circunstancias del presente, nada asegura que en filosofía haya de suceder lo mismo.*

Por consiguiente, este «Manual» pretende ser «clásico». Según la norma propia de la religión progresista de las universidades modernas, cada autor se cree obligado a aportar algo nuevo. Tras haber resumido las doctrinas ajenas, la regla es «superarlas»; construir una síntesis inédita a la cual haya de unirse el propio nombre. Pues progresar es la ley de la ciencia. Pero Michel Villey nos devuelve una filosofía anónima, *tal y como era en la Edad Media; original, en cuanto que se abstiene de tender a la originalidad; y anónima, porque es permanente. Explora una* tradición. *¿Quién sabe? Las modas intelectuales siguen un movimiento pendular. Ciertos signos sugieren que hoy se vuelve a sentir de nuevo la necesidad de una cultura clásica. Tras el triunfo de los «modernos», como dicen nuestros amigos los historiadores de la literatura francesa, se anhela un retorno a los «antiguos». Luego lo que tiene así más posibilidades de durar, si es que vuelve a ser descubierto, es, pues, la tradición.*

* * *

II. Paso a resumir ahora el contenido de este último tomo. Está consagrado al problema de la «finalidad» del arte jurídico. Pues no cabría definir el derecho con relación a otras artes —la moral, la economía o la política—

sino a condición de discernir primero su «finalidad» propia. El conjunto de los principios y de las nociones específicas del derecho dependerán así del fin perseguido, igual que toda la ciencia jurídica.

Sobre este primer punto, Villey confronta «dialécticamente» varios sistemas filosóficos. No se cuida de las producciones menores de estas últimas décadas. Otorga el primer lugar a las filosofías antiguas. Pero yo trastrueco el orden que él ha seguido. Y creo que más le hubiera valido trastocarlo también.

1.º Uno de los principales caracteres de las ciencias, cuyo prestigio nos abruma, es el de tratar los fines *por preterición. La ciencia desmonta los mecanismos efectivos de la génesis del derecho, busca sus leyes y describe las «fuerzas creadoras» de nuestras instituciones, pero en ningún momento trata de percibir los fines del trabajo de los juristas. El positivismo científico suprime la cuestión. A la mayoría de nuestros contemporáneos también les costaría trabajo el aducir una definición del derecho. Dicha definición flota al arbitrio de un hábito mal determinado.*

Pero por más que nos entreguemos a esas investigaciones científicas, es imposible que carezcamos de un fin. Y es que todo se sacrifica a tal o cual concepción del sentido de la historia o de la vida...

2.º Muchos se inclinarían hoy a poner al derecho al servicio de los intereses colectivos *de la* sociedad, *de la nación o del partido, de la clase proletaria, o de un pretendido progreso* colectivo *de la humanidad. Este es un tipo de ideología muy definido en el siglo XX y que podría encontrar su* fuente *en el movimiento sociologista. Es la reducción del derecho a la política.*

3.º Pero aún es más viva la herencia del individualismo moderno, *dimanante del nominalismo. La actividad del derecho tendería a promover el bienestar del individuo, sus seguridades, sus goces. Estaría al «servicio de los hombres»; ¿qué puede haber más sencillo? Los fines*

del oficio jurídico resultarían entonces asimilados a los de la economía liberal. El derecho se convertiría en una técnica para la buena marcha del comercio y de la producción. La justicia *quedaría olvidada, si no fuera porque el individualismo ha logrado forjar su idea propia de la justicia, que se convierte en una persecución de la* igualdad *entre todos los individuos, que están provistos todos de una misma naturaleza y llamados a unas mismas satisfacciones; y en un servicio de los «derechos del hombre». Con lo que volvemos a encontrarnos aquí con el objetivo del progreso de la humanidad.*

4.º Nuestra cultura sigue llevando la huella de la antigua preponderancia de la teología cristiana. Tendríamos que hacer algunas reservas sobre la descripción que Villey presenta de la moral bíblica y de la noción de «Torah», pero dejémonos de detalles. Según esa tradición, la principal función del derecho (lo cual se hace patente sobre todo en las doctrinas del derecho penal, pero que también imperaba no ha mucho en el derecho civil) era la de conducir al hombre hacia la virtud y la de luchar contra sus vicios. El derecho estaba, pues, sumergido en el seno de la moral, *y uno de los vestigios de esa inmersión es esa fórmula que lo define como un conjunto de «reglas de conducta». Aunque la moral guste hoy de ser utilitaria y se centre en el servicio de nuestros intereses.*

El autor se muestra crítico para con estas maneras de concebir las finalidades del arte jurídico, y aun cuando hayan obtenido el más vivo éxito en la Europa moderna o contemporánea, las acusa de haber sembrado la confusión entre el derecho y otras disciplinas (moral, política o economía).

5.º Su esfuerzo apunta a volver a encontrar en la tradición *otro análisis del derecho: no tendrá más fin que la* justicia. *El jurista no es el ministro de los intereses particulares, de la virtud o del bienestar de tal o cual individuo, ni del «Mayor número de individuos», ni del poder o del desarrollo colectivo del grupo. Ni lo es a la vez de*

todos esos valores, lo cual sería asociar meros contrarios, y tampoco significaría nada.

Entre esas distintas especies de intereses rivales, el papel del jurista es el de buscar la mejor relación, *la* proporción *más* concebible. Suum cuique tribuere. *Más bien que el de ser útil a cualquiera, el objeto del derecho es el de repartir las utilidades, el de poner a cada cual en su lugar. Matiz que puede parecer desdeñable. Pero que obliga a preguntarse si toda la organización de la ciencia jurídica no dependerá de esta puntualización.*

* * *

III. Tras este resumen, me arriesgaré a un juicio. Para empezar, no estaba yo equivocado al llamar «clásica» a la doctrina de Michel Villey. Incluso, en una primera impresión, me apetecería calificarla de banal. *¿Pues qué puede haber más rancio que ese recordarnos que el derecho sirve a la justicia? Pero, tras reflexionar, me siento menos seguro, pues la palabra justicia es muy equívoca. ¿Acaso no evoca su uso dominante el utópico ensueño de un porvenir igualitario, de la total libertad del hombre?*

Ciertamente que no carecíamos de estudios sobre la teoría de la justicia de Aristóteles y de Sto. Tomás. Sobre la noción de justicia aristotélica, nunca olvidada por completo, se han publicado cantidad de obras. Pero la mayoría escamoteaban esta definición del derecho; su texto ha sido leído, incluso por los juristas, desde el punto de vista de la moral de la conducta individual. Hay, pues, algo verdaderamente nuevo, por lo que yo conozco, en el riguroso análisis que Michel Villey presenta del to dikaion *aristotélico —esa relación justa que sería el* derecho—. *No me acuerdo de haber hallado en parte alguna ningún comentario centrado tan exactamente sobre este término aristotélico, que se tradujo luego por* jus *y por derecho.*

El mérito de Villey está, sobre todo, en que lo confronta con las nociones hoy reinantes y en que nos hace sentir cuán substanciales transformaciones de nuestras costumbres representaría una vuelta a esta tradición.

En definitiva, este redescubrimiento de la finalidad del derecho habrá de considerase, más que como banal, como paradójico. *Estamos habituados a hacer del derecho una técnica utilitaria al servicio de intereses diversos, manejada por el Estado. Y para nosotros el derecho es, primero, la legislación estatal. Bajo el rótulo de historia del derecho, se describen unas «instituciones», unas estructuras sociales efectivas. En cuanto a la nebulosa de* «lo justo», *el* «to dikaion» de *Aristóteles, se ha desvanecido más allá de nuestros horizontes. Villey replica que la* necesidad *de la justicia —en el sentido de Aristóteles—, y del derecho —en el sentido de los romanos—, sigue estando presente; que carecemos precisamente de una buena técnica de arbitraje en los litigios de nuestro tiempo, entre el capital y los trabajadores, entre la producción industrial y la protección de la naturaleza, entre las finanzas públicas y la medicina, etc. Y que precisamente una* carencia *de nuestra cultura jurídica sería esta de haber extraviado esa filosofía...*

Los juristas seguirán siendo escépticos sobre la conclusión, al no estar demasiado seguros de que el derecho tenga una «causa final» y de que sea indispensable definarla. Yo mismo me había pasado sin ella hasta ahora. Pero nuestro eminente colega de París anuncia que, tras haberse dedicado en su primer volumen a determinar los fundamentos, «los frutos —una metodología jurídica— estarán en el tomo segundo». Esperaré, pues, tales frutos.

JOAQUÍN AGUILAR Y MORÑERAS».

Voy a desilusionar a mi eminente colega de Lima. Tampoco aquí va a encontrar nada útil. ¿Escribir yo una *metodología?* Sería presuntuoso por mi parte. Como modesto profesor que soy, arrinconado entre sus libros y su aula, no me siento competente para enseñar el ejercicio de la profesión a quienes la practican. A ellos les toca instruirme sobre el tema.

Verdad es que, en su mayoría, quienes practican el

derecho son incapaces de explicarse acerca de su método. Hay un arte de explicar la práctica, de analizar sus trámites, cuyo secreto no parecen poseer. Que intervengan, pues, los profesores: los profesores de derecho, los metodologistas, los epistemologistas, los lógicos. Su cometido es el de teorizar y hacernos inteligibles los métodos practicados por los jueces, alineándolos bajo unas formas intelectuales, unas categorías generales, que por otra parte, extraen del arsenal común del pensamiento.

El papel de la filosofía será el de hacer la crítica de estas categorías comunes, las cuales no constituyen problema para la mayoría de los autores que las utilizan —que tan siquiera son conscientes de ellas—, y que suelen fundir una mezcla de principios contradictorios. La filosofía pone en claro, distingue, aísla esos *principios*. Los pone a prueba, e intenta juzgar acerca de sus consecuencias y de su valor.

Tiene así que cotejar las formas implantadas en la cultura contemporánea con otros modos de pensamiento predominante en otras épocas. Resulta ser así la crítica de nuestro tiempo, al cual, lo cierto es que este libro tiene el propósito de contraponer una «tradición».

La filosofía se permite el lujo de ser especulativa: discute sobre lo que por lo general no se suele discutir. Como la mosca del «coche», la filosofía diserta sobre las obras de la gente útil. Pongamos que a corto plazo, no sirve para nada. Dejo para el epílogo de esta obra la demostración de cuál es la ganancia que se obtiene de ella a largo plazo.

SEGUNDA PARTE

LOS MEDIOS DEL DERECHO

INTRODUCCION

LITERATURAS

131. OBJETO DEL LIBRO. Nuestro primer libro trató de cuál era el *fin* del oficio jurídico. Nos parece que el fin del derecho sigue estando exactamente definido por la célebre fórmula de Roma: *suum cuique tribuere*. El juez tiene como función la de atribuir su parte a cada uno de los litigantes. El derecho es una tarea de atribución, o de «distribución» de los bienes, deudas, honores y responsabilidades públicas, o esferas de actividad, que se disputa ante cualquier tribunal (§ 123). Es, por excelencia, el lugar en donde se ejerce esa actividad de la «justicia distributiva», de la cual la «justicia conmutativa» sólo es una dependencia (§ 44).

Segundo tomo. Nos ocuparemos ahora de los *medios:* de los caminos que se han de seguir para hallar el justo reparto, para inventar la solución de derecho: lo que en las obras alemanas de metodología se llama «Rechtsfindung», o «Rechtsgewinnung».

Seguramente que existe un método de invención del derecho y, sin duda, muchos magistrados, guiados por el legislador, lo practican espontáneamente, de un modo casi instintivo —aunque también les acontezca juzgar al revés, por rutina, y porque no faltan leyes mal hechas. En cualquier caso no me toca a mí enseñarles su oficio, como tampoco le toca a un ministro hacer que la justicia sea más expeditiva, como sería de desear. Mi tarea es sólo la de comprender, la de hacer que el oficio del derecho se haga más explícito. Y aparentemente esta tarea no es

inútil y merece encontrar sitio en la enseñanza de las Facultades y en las Escuelas de la magistratura.

Pero no estoy seguro de que para este fin podamos disponer de guías excelentes. Revisemos velozmente las principales especies de obras que se nos ofrecen.

Artículo I

CATALOGOS DE TEXTOS

132. LA ORTODOXIA DE LOS MANUALES. Para empezar, veamos lo que se enseña en los manuales, nuestra «dogmática» jurídica. Como introducción los tratados de derecho civil incluyen algunos elementos de metodología. En general son muy escasos. Me parece que, por lo general, esta metodología se reduce a un catálogo comentado de las «fuentes» —o de las que pasan por tales—, es decir, de los *textos* que habría de aplicar el jurista: algunos párrafos sobre el Código, las leyes subsiguientes y otros textos que han venido a completarlo. Hemos de añadir hoy los pronunciamientos jurisprudenciales. Y alguna página sobre la costumbre, y eventualmente, sobre la «doctrina», y los «principios generales del derecho», concebidos, por lo demás, como «inducidos» de los textos «positivos».

Pues según la opinión común, el jurista es el hombre de los textos, el encargado de ejecutar los textos, de conformidad con la doctrina de separación de los poderes, tal como se heredó de Montesquieu y de 1789. Pero que todavía está vivaz y persistente. Uno de nuestros colegas, profesor de derecho del trabajo, expresaba recientemente su malestar porque la enseñanza se redujese a inculcar a los estudiantes una masa de textos, cuyo número llega a ser abrumador.

De ahí provienen las esperanzas que hoy se ponen en

la *informática,* que simplificará el trabajo. Se alimentará el ordenador con toda esa avalancha de textos positivos, leyes y fallos de jurisprudencia... sabiamente clasificados y transcritos en un lenguaje artificial. Y acaso él nos arroje las soluciones, a condición de que pongamos allí en seguida los casos especiales que habrían de ser subsumidos bajo las «normas» positivas del derecho, y de que hayamos insertado en su programa las leyes de la lógica.

133. JERARQUÍA DE LOS TEXTOS. Añadamos algunos puntos: el conjunto de las «fuentes» está formado de textos dispares. A medida que se va acentuando la hipertrofia legislativa, se multiplican sus contradicciones. Sería imposible obtener por vía deductiva y de textos contradictorios, para cada caso, una solución neta. El único remedio para resolver automáticamente esos conflictos de textos, es el de instituir un orden jerárquico.

La receta oficial es simple (aunque nos veamos obligados a señalar algunas excepciones). Según la doctrina política heredada de la Revolución de 1789, la *ley* es soberana. Se presume que como el legislador es un ser «racional», la legislación formaría un todo casi coherente. Ha de agregarse que las leyes nuevas anulan a las antiguas y que la ley constitucional prevalece sobre las leyes ordinarias; y las mismas leyes, sobre los decretos y las resoluciones ministeriales.

En cuanto a los pronunciamientos jurisprudenciales, la misma doctrina política quiere que se subordinen a la ley. No se les deberían reconocer validez jurídica sino cuando son conformes a la ley. Su validez es secundaria. Y lo mismo sucede con la «costumbre», «fuente supletoria».

No creo que haya caricaturizado la enseñanza corriente de nuestros manuales, en su capítulo introductorio. En conjunto nos ofrecen esa imagen de las «fuentes del derecho», y en especial de la función de la jurisprudencia. El legislador habría dado al juez el mandato de completar, de prolongar la ley, delegándole la competencia de

crear unas «normas» suplementarias, lo cual se denominó «poder normativo» del juez. Pero a título subsidiario y subordinado. Nunca se señaló mejor dicha subordinación que en la famosa doctrina de Kelsen, de la «formación gradual del derecho»: doctrina que respondía a las necesidades de certidumbre y de orden del positivismo legalista.

134. SUS INSUFICIENCIAS. Tal sigue siendo aún la trama de nuestra enseñanza oficial. ¿Pero quién cree en ella?

Basta con considerar el ejemplo de la *jurisprudencia,* a la cual estamos obligados a conceder un lugar importante en esta pseudo-teoría de las fuentes del derecho. ¿En qué consiste hoy la jurisprudencia? No se presenta bajo la forma de reglas generales; ya no hay «sentencias reglamentarias». Sólo por *ficción,* y para salvar nuestros prejuicios normativistas, se nos acaba de hablar de «poder normativo» del juez (pretendido poder de implantar normas generales), queriendo asimilar así tales sentencias de la jurisprudencia a textos legales de especie inferior. Pero no es menos *ficticia* la pretendida primacía absoluta de las leyes. Si otorgamos semejante importancia a las «fuentes jurisprudenciales», es porque cambian el derecho, al ir *en contra* de las leyes, en vez de no ser más que su aplicación, o de limitarse a completarlas. Y así la responsabilidad civil se estudia casi exclusivamente en la costumbre judicial, que rompe con las soluciones del artículo 1382, tal y como lo pretendía Portalis. Las verdaderas intenciones del artículo 544 (sobre el derecho de los propietarios) no han sido menos trastocadas por la jurisprudencia, etc...

El que exista una «jurisprudencia», independiente de los textos de las leyes —a menos de que ella no sea un producto puramente arbitrario, e indigno de servir de modelo— es la prueba de que para el derecho existen otras fuentes distintas a los textos legislativos. El juez no hace más que obedecerlas, y por otra parte tiene también que *escoger* de entre una masa de textos que de nin-

gún modo componen un «orden unitario». E *interpretarlos*, lo que ocasionalmente equivale a corregirlos, en nombre de otras «fuentes».

Por eso, aparte de aducir un catálogo de textos, una «metodología» del derecho debería indicar la manera de servirse de ellos. Convendría enseñar al juez hasta dónde ha de seguir la ley, y en qué casos se ha de liberar de ella; cómo ha de medir su función, el valor de los textos, su grado de autoridad. Sobre esos puntos, los manuales casi son mudos. Nos dan la medicina pero sin su necesario *modo de empleo*, sin el cual, en fin de cuentas, podría ser nociva.

A decir verdad, estas páginas introductorias sobre las pretendidas «fuentes del derecho», vestigio de la antigua filosofía del positivismo legalista, no son más que un adorno, una armoniosa fachada clásica, un falso pórtico, que enmascara el edificio real. Que nadie les pida que den cuenta de los verdaderos métodos del derecho, seguidos en el cuerpo del manual y que manifiestamente son menos simplistas.

135. MÁS ALLÁ DE LOS TEXTOS. El defecto de este primer grupo de obras es una singular *miopía*. Al pretender instruirnos sobre las «fuentes» del derecho, se limitan a tratar de los textos. Pero los textos no son fuentes. Los textos son *resultados*. Tienen una génesis, son el producto derivado del trabajo de invención del derecho (*Rechtsfindung* o *Rechtsgewinnung*). Como también lo es la «jurisprudencia».

Si no se tiene la vista demasiado corta, han de dirigirse las miradas más allá de los textos. Hasta las *fuentes de los textos* positivos, fuentes primeras, verdaderas, de donde proceden a la vez las leyes y las sentencias de la jurisprudencia: e investigar sus orígenes. Entonces se nos esclarecerá el sentido y la función de los textos, y tal vez seamos capaces de medir su autoridad.

Lo cual falta en nuestros manuales, salvo que los haya yo calumniado, pero existe en otra parte.

Artículo II

TEORIAS SOBRE LAS FUENTES DEL DERECHO

136. TEORÍAS GENERALES DEL DERECHO. Su literatura es muy abundante, pero no muy familiar al público francés. Me parece que la ciencia francesa va aquí a remolque del extranjero.

Y sobre todo de *Alemania.* En este capítulo hemos de transportarnos al siglo XIX y al comienzo del XX, época en la que la Universidad alemana ejercía su hegemonía filosófica sobre toda Europa. Dentro de la Universidad, las Facultades alemanas, seguían saciándose de filosofía, mientras que, en Francia, Napoleón no había previsto para los juristas más que unas escuelas profesionales.

Entonces los alemanes produjeron una profusión de «teorías generales del derecho», de «doctrinas del derecho», y de los principios generales del derecho (*Rechtslehren Allgemeiner Teil*); se sumergieron voluptuosamente en los problemas del método (*Methodenlehre*). La primera fue la de Savigny en 1803; sus obras fueron explotadas en los demás países de Europa y en América, siendo allí ampliamente prolongadas.

El lector podrá informarse de todo ello en los libros de Larenz (*Methodenlehre der Rechtswissenschaft,* 1960), de Wieacker (*Privatrechtsgeschichte der Neuzeit,* 2.ª ed. 1967) o en los manuales recientes de historia de la filosofía del derecho (por ejemplo Fassò, T. 3, traducido al francés y al castellano).

Y ahora, nos enfrentamos con unos grandes sistemas metodológicos, mucho más completos que los escasos datos de nuestros manuales, porque más allá de los textos se esfuerzan por reconocer su origen, en las fuentes «suprapositivas» —que pueden ser llamadas «Derecho natural»—. No cabe prescindir del *derecho natural,* si por lo menos tomamos esta palabra en su más amplia significación: como designadora de principios «metaposi-

tivos» de los cuales proceden tanto las leyes como las sentencias.

Si partimos de las *fuentes,* podemos discernir lógicamente que normas escritas habrán de entrar en el catálogo: medir su autoridad; comprender su función; esclarecer su sentido; y constituir métodos para su *interpretación.* Si la ley presenta «lagunas», o no parece investida más que de una autoridad condicional o problemática, estará justificado el recurso a otros instrumentos para la invención de la sentencia. Así se construyeron los sistemas de metodología jurídica.

137. DESPLIEGUE DE DOCTRINAS. Sobrevolemos esta literatura. Su carácter más saliente es una total carencia de unidad. Los autores alemanes suelen así tratarla bajo el nombre de «*Methodenstreit*»: conflicto de los métodos. Pues hubo toda una serie de polémicas universitarias, que no parecen haber alumbrado ninguna opinión común.

En ellas hay de todo. Dejo para más adelante la presentación de las tesis en conflicto. Señalemos ahora tan sólo en el magma de teorías contradictorias:

1.° El sistema, que ya conocemos, del *positivismo legalista,* pero fundado ahora lógicamente sobre sus principios, las *fuentes* de las leyes. Es la vieja doctrina del *Contrato social,* que en su origen habría resultado del consentimiento de individuos a los que se supone naturalmente libres; de ella derivaría el monopolio de las leyes estatales, cuya aplicación y cuyo complemento será la «jurisprudencia»; es una herencia de la filosofía política inglesa del siglo XVII (Hobbes y Locke) y francesa (Rousseau). Pero que desde entonces, fue tomada a su cargo por la doctrina alemana, en pos de Kant y de Fichte.

Una versión diferente, que tuvo gran fortuna, fue la del inglés Austin, inspirada por otra parte en los autores alemanes. Método de rigurosa *exégesis* de los textos, de cuya insuficiencia acabamos de hablar.

2.° Otra variante, heredada también de la filosofía moderna, y especialmente de la Escuela racionalista llamada del «*derecho natural*». La fuente del derecho sería la *Razón* universal, que se tiene por común a todos los hombres, de la cual se deduciría el contenido de las leyes. Sistemas raramente definidos en el siglo XIX; pero que tras un período de eclipse, resurge bajo nuevas formas. Su reaparición perturba el juego del legalismo tradicional, en nombre del ideal y de las leyes morales, que se tienen por racionales. Verdad es que también se acusa a esta fuente de ser hueca y estéril, un mero verbalismo ideológico.

3.° Por reacción (pues las doctrinas universitarias se fabrican por la negación de los sistemas de los predecesores, según el proceso que Hegel llama *dialéctica*) nació el *positivismo científico*. Es lo opuesto al racionalismo, rechaza las tesis «metafísicas» de la Escuela del derecho natural y el mito del Contrato social; engendra una nueva especie de «positivismo jurídico», que hay que abstenerse de confundir con el sistema legalista que fue primero designado por esta palabra (supra § 113).

Los textos que forman el «derecho positivo» serán los que impongan la costumbre (Savigny-Puchta) o la fuerza del poder en ejercicio, o incluso las leyes «reconocidas» como medio por el grupo social, registradas como efectivas.

Pero ¿por qué atenerse a las leyes? En realidad las sentencias de los jueces son muy poco conformes a la ley; se adaptan a las circunstancias, son la resultante de una *lucha* de intereses (Jhering). Se alinean sobre las creencias sucesivas vigentes en el grupo («rebeldía de los hechos contra los Códigos»); del mismo modo que apoyándose cuando es necesario en las encuestas de sus sociólogos, el legislador en fin de cuentas se rige por la opinión común. De ahora en adelante se ha de situar por encima de los textos, a los «*hechos sociales*» que serán estudiados por la sociología jurídica («fundada» al comienzo del siglo XX, por el jurista austríaco Ehrlich).

El juez sigue las enseñanzas recibidas, sus instintos, sus prejuicios de clase. Científicamente han de derrocarse los ficticios dogmas de la antigua metafísica, se ha de reconocer la autonomía de la «jurisprudencia», y la libertad de la que goza el juez con respecto a las leyes (Escuela del derecho libre).

Método seguramente nuevo, a menos de que no se trate más bien de una ausencia total de método, y de la renuncia del derecho a cambiar nada en el curso de las cosas.

4.º Si el derecho no es más que un capítulo de la sociología, otros para concluir, harán de él, más que una ciencia, una *técnica*, género que no deja de estar muy honrado en la cultura contemporánea (§ 120); y le convertirán en un instrumento de «control social» inventado para el bienestar de los particulares o del grupo. Esta había sido la idea de Bentham y del utilitarismo inglés. En Alemania, en el *Methodenstreit*, fue uno de los temas de Philip Heck («jurisprudencia de intereses»). Desde entonces esta filosofía se ha difundido enormemente: hoy prevalece en los Estados Unidos.

Las leyes van a ser meros instrumentos al servicio de la política, y sólo se les va a pedir que sean «funcionales». Tendrán otro método de interpretación, «teleológico», habrá otra lógica judicial. Y cada vez que las leyes demuestren que no guían bien hacia el fin perseguido (produciendo así una especie de «lagunas», según el análisis de Heck), se preferirá usar, antes que ellas, el instrumento de la jurisprudencia, u otras medidas, administrativas, preventivas, pedagógicas, «políticas» (§ 119).

Para fabricarlas («el jurista se convierte en ingeniero»), se sugiere hacer extensivo al derecho un método «experimental», imitado de la gran industria. En un aeropuerto, todo está comprobado —la sonrisa y la voz de las azafatas, la profundidad de los sillones, el fondo musical—, para procurar al viajero el confort y el relajamiento, y también la ganancia de las compañías. Pues sobre este modelo es como, de ahora en adelante, convendría fabricar el derecho.

Pero aquí, ya no me cabe hablar de una «fuente», como lo es la Razón pura, o, en el mito del Contrato social, la voluntad de los contratantes. El principio del derecho es ahora un *fin*, en función del cual se han de hallar los medios más eficaces. Y por desgracia ese fin corre el riesgo de ser erróneamente definido; pues aunque tenemos alguna idea del fin que proyectan los constructores de un aeropuerto, el oficio del juez es el de arbitrar entre los intereses de los litigantes, no el de agenciar unos medios para el servicio de un fin predeterminado; es él quien tiene que escoger *entre* unos fines. Lo cual es cosa muy distinta. No creemos que el derecho se parezca a una industria, ni, por tanto, en las virtudes de este método.

En ninguno de los casos, después de haber trazado este breve resumen de los trabajos de metodología alemana, se siente uno más adelantado. Porque todos ellos componen un abanico de sistemas *contradictorios*. Y nada hay que convenga menos al género metodológico que el pluralismo doctrinal. Un método es *un* camino (*odos*); debería indicar un itinerario. Por el contrario esta literatura alemana nos deja vacilantes entre unas direcciones opuestas. Nadie se entiende sobre el camino que ha de seguir.

De ahí proviene su relativo poco éxito entre los juristas.

138. Eclecticismos. Me he limitado a esbozar cuatro principales construcciones metodológicas, cuyo mérito es el de estar constituidas lógicamente, partiendo del principio o de la «fuente» del derecho, para deducir de ella su método.

Como ninguno de estos sistemas parecía sostenible, a los profesores, para aportar una doctrina que fuese algo más razonable, no les quedaba otra cosa que hacer sino una mezcla, un *cocktail* de estas filosofías opuestas, de voluntarismo, racionalismo, cientifismo, tecnicismo—

corrigiendo los excesos de cada una con una pizca de su contraria.

Eclecticismo alemán. Ya el *Pandectismo* —que durante mucho tiempo representó la ortodoxia universitaria alemana— alrededor del cual y contra el que se levantó el *Methodenstreit,* ofrece ese carácter de mixtura. Nació con Savigny, en torno a una primera metodología, y con su contemporáneo Puchta; se desarrolló hasta Windscheid, y desembocó en el *Allgemeiner Teil* o introducción general de Código Civil de 1900.

Es difícil analizarlo, porque suma principios contradictorios. Tiene mucho del positivismo legalista (*Gesetzespositivismus*); exalta el culto de la ley: sin duda, de un Estado constituido sobre la base del Contrato social, a menos de que no sea del mismo Estado real, de un mero poder de hecho. O de que las leyes no sean inducidas de las tornadizas costumbres del pueblo, tales como las comprueba la historia: la Escuela histórica del derecho, pues las obras del joven Savigny, todavía romántico, dejan su huella sobre el sistema.

Luego el derecho es también el fruto de la «ciencia» de los profesores cuya tarea es, precisamente, la de «construirlo» y darle la forma de una «dogmática» homogénea. Queda admitido que las reglas de derecho deben constituir un «sistema» plenamente coherente, lo que Windscheid cree explicar cuando presupone que el legislador sería «racional». El Pandectismo tiene así mucho del racionalismo de la escuela del derecho natural, aunque Savigny la haya atacado. Filosóficamente, el Pandectismo es un producto bastante confuso.

F. Gény. Igual observación podríamos hacer con respecto a la obra de Gény, el más célebre de los metodologistas franceses, que explotó sobre todo a los autores alemanes, aunque también alega otras lecturas de filósofos que le fueron bastante inútiles. Había leído toda la doctrina alemana: Savigny y los Pandectistas, todas las polémicas del *Methodenstreit* promotoras de una reac-

ción «antiformalista», a Cathrein y Stammler, partidarios de una vuelta al Derecho natural, a Jhering y a Ehrlich, a la Escuela del derecho libre, etc.

Los refunde a todos, no sin arte. Gény es un acabado ejemplo del género *ecléctico:* sigue siendo aparentemente fiel al dogma de la soberanía de la ley. Pero al percatarse de que este dogma es inaplicable, cuida de añadir a la ley otras «fuentes» que considera «supletorias»; toma de Savigny la idea de que por encima de los mandatos del legislador, los juristas tienen una propia tarea de «construcción» sistemática, de Jhering, Ehrlich y Heck su tendencia a contar un «dato científico» real; y de la Escuela del derecho libre, el criterio de la «libertad» del juez: la «investigación científica» es «libre». Resucita el derecho natural, «el irreductible derecho natural», como «dato ideal».

En conjunto constituye una mezcla aceptable para los juristas, que ha servido útilmente de antídoto del legalismo de la Escuela exegética. Pero es de una extrema incoherencia. Y no muy útil: pues, ¿cómo habrá de escoger el juez entre esas fuentes opuestas que Gény yuxtapone? ¿Cabe atenerse a la ficción de que la ley sería siempre soberana y de que las otras «fuentes» tan sólo supletorias?, ¿cómo interpretar la ley? ¿En qué casos cabrá serle infiel? ¿Cuándo valdrá más fundarse en la «libre investigación científica», el «dato científico real» o las encuestas sociológicas? ¿O bien sobre el «dato racional», el «dato ideal» o los principios del «derecho natural»?

Dije ya lo mismo acerca de las teorías eclécticas sobre el fin del derecho (§ 108): el eclecticismo no resuelve nada. Cuando tomamos una guía le pedimos que nos indique el camino que hemos de seguir, no varios caminos divergentes ante los cuales nos deje la dificultad de la elección.

Las superabundantes producciones de esta metodología alemana, de la cual nos ofrece Gény una excelente compilación, no parecen haber alumbrado frutos substanciales.

139. EXTRINSECISMO. Un gran defecto de las «teorías generales del derecho» es el sistematismo. Piden que toda «teoría» —en el sentido que los sabios modernos dan a este término— forme un conjunto lógico. Lo cual es signo de una cultura demasiado académica, como fue la cultura alemana del siglo XIX.

Nosotros reprocharemos a estas teorías el estar forjadas *a priori*, sobre premisas inadecuadas. Premisas tomadas de diversos sistemas de filosofía general que, por otra parte, son ellos mismos múltiples y contradictorios. Ya dijimos que para muchos de nuestros contemporáneos, hacer filosofía del derecho consiste en calcar sobre el derecho las filosofías de moda (§ 17).

Ahora bien, desde el siglo XVII, ha sucedido que todos los grandes sistemas de filosofía general tuvieron por autores a sabios o a moralistas que solían carecer de toda experiencia del derecho. Es el caso de Descartes, de Locke, de Rousseau, de Kant, de Hegel, de Augusto Comte y de otros filósofos más recientes. Su visión del mundo se resiente de ello pues deja en la sombra, inadvertida, la originalidad del derecho.

De ahí provino que el derecho quedase sumergido en la moral, en la política entendida al modo de Hobbes, en la economía liberal, en la historia o en la sociología. Una serie de definiciones engañosas del objeto del derecho surgieron en el ámbito de esos sistemas de filosofía que nosotros llamamos *extrínseca* (§ 122). Nada tiene de extraño que el error sobre el fin del derecho repercutiera sobre sus medios; y que nuestros autores de teorías generales del derecho, siguiendo cada cual a su modelo filosófico preferido, hayan atribuido al derecho como fuente: en la Escuela racionalista del Derecho natural, los preceptos morales de la Razón; en el positivismo legalista, los mandatos del poder; y en el sociologismo, los hechos; cuando no han preferido imitar el modelo de la técnica de las grandes empresas.

140. LIBERARSE DE LAS TEORÍAS. Ha llegado el momento de liberarse del ascendiente de las filosofías extrínse-

cas; y de volver a pensar el método del derecho extrayéndolo de la *experiencia* específicamente jurídica. Y no digo, con ello, que este esfuerzo no haya sido hecho.

Artículo III

ECLOSION DE LAS LOGICAS DEL DERECHO

141. EPISTEMOLOGÍA JURÍDICA. La metodología del derecho ha progresado visiblemente desde hace unos treinta años.

Se ha liberado de los sistemas del siglo XIX, de su constructivismo, de su apriorismo. Según la formulación de Husserl o bajo la nueva hegemonía de la cultura inglesa y americana, se está realizando una «vuelta a las cosas». Los teóricos del derecho italiano inspirados en Capograssi se han agrupado bajo la bandera de «la experiencia jurídica» y se han propuesto como programa analizarla sin la mediación de los sistemas. Y en la jerga contemporánea, nada está más en boga que la *epistemología:* es una ciencia experimental.

No carecemos de trabajos de epistemología jurídica. Lo mejor (por lo que se refiere al derecho de la Europa continental) nos parece que siguen siendo todavía algunas obras alemanas: las de Viehweg, Engisch, Esser, Zippelius, o la de Martin Kriele, *Theorie der Rechtsgewinnung* (2.ª ed. 1976), de la que es de lamentar que no haya traducción francesa. Aparecen muchos libros italianos. Y un equipo de juristas belgas ha explorado minuciosamente, bajo la dirección de Ch. Perelman, la conducta de los jueces.

Como no hay tantas diferencias como se suele imaginar entre el arte del derecho europeo y la técnica del *Common Law,* también podríamos remitir a algunas obras

americanas (como las de Cardozo, o Llewellyn; o escandinavas; o a la síntesis del australiano Stone, etc...).

La tendencia contemporánea ya no es la de construir un método y una doctrina de las fuentes del derecho tales como «debería ser» en función de principios preconcebidos, como hicieron Savigny, Jhering o Kelsen sino la de escribir, tal y como son, las conductas normales de los juristas.

142. INVESTIGACIÓN DE UNA LÓGICA ESPECÍFICA DEL DERECHO. Entre estas obras recientes, estimo que ocupan un puesto central cierto número de las que van etiquetadas como *lógica* del derecho. ¿Por qué? Pues porque, sindicados o no, los juristas no tienen el honor de ser trabajadores manuales. El oficio del derecho es *intelectual.* El derecho se forja discurriendo. Nadie duda de esta evidencia. Pero, para esclarecerla, tenemos algunos testimonios de la Antigüedad, en los que no corremos el riesgo de perder de vista los instrumentos elementales y primarios de la invención del derecho.

Según el análisis de los filósofos griegos, se empieza a hablar del derecho allí donde las partes están en desacuerdo (o, en el caso del derecho penal, un particular lo está con la ciudad), y en donde hay organizado un proceso. Porque el proceso existe antes de la ley. El derecho nace en el momento que unos hombres que se hallan en conflicto, en vez de resolverlo por la fuerza, deciden hacerlo por la *palabra;* cuando la palabra queda establecida «en medio» de los hombres, y se convierte «en medio» de la paz y del orden político (Aristóteles).

En Esquilo hay una imagen del origen del derecho: Orestes, tras haber matado a su madre Clitemnestra, para vengar a su padre, ha vagado durante mucho tiempo, perseguido a su vez por las Erynnias. Cuestión que se desenlaza en las Euménides mediante la institución del derecho. Este es un don de *Atenas,* que decide constituir el tribunal del Aerópago, en el que se discutirá el caso, escuchando los alegatos de las partes y los de sus aboga-

dos, al término de cuya controversia se dictará la decisión: y Orestes será absuelto por una mayoría favorable.

La cuna del derecho fue así la Retórica, ciencia de la palabra. Hubo mucho tiempo un enlace entre estas artes. En la Roma clásica, Cicerón consideraba natural el escribir sus Tópicos para el uso de jurisconsultos. En la Edad Media los primeros estudios de derecho fueron obra de los retóricos. El arte de discutir, de controvertir y de obtener la decisión de la controversia, de argumentar, de razonar, está en el inicio del método jurídico. También las leyes, medio tardío y en absoluto necesario (pues hay litigios que se resuelven sin acudir a la ley) son ellas mismas razonamientos, productos de razonamientos.

Por consiguiente: debemos colocar en primera fila de las explicaciones de metodología jurídica algunos de los libros publicados bajo el título de lógica del derecho, o que de modo más general, tratan del «pensamiento jurídico» (Engish, *Einführung in das juristische Denken*, 3.ª ed. 1971 — un libro de Michel Virally lleva casi ese mismo título); del «lenguaje del derecho», de su sintaxis; del «razonamiento jurídico»; algunas formas específicas del razonamiento jurídico; la colección de estudios de Giuliani sobre la «controversia jurídica»; los trabajos del Instituto de Bruselas, sobre todo los de Ch. Perelman...

143. UN PLAN DE ESTUDIO.

1.º Por ahí es por donde se ha de empezar, prescindiendo del orden de nuestros manuales, que comienzan por el resultado (unos textos positivos que se nos presentan como absolutamente acabados y dados, como si no fueran también *producto* de una serie de razonamientos). Las *formas de razonamientos* propias del derecho son el objeto primero y central que habremos de observar.

2.º Y eso aunque la lógica jurídica no sea todo el método. Pues la lógica no se basta a sí misma. Y nuestros

razonamientos serían huecos si no arraigaran en lo real. Pues de otro modo nuestro discurrir giraría en el vacío, en un mundo de palabras, falto de consistencia. Que es lo que, en verdad, sucede en el oficio universitario. Por eso vale más que en principio, nuestros razonamientos partan de lo real, tengan un fundamento.

Pero la mejor vía para reconocerlo es observar ese mismo razonamiento. Empezaremos, pues, por el estudio de los razonamientos de los juristas para ir descubriendo sus bases: dicho de otro modo, trataremos de lograr una mejor doctrina de las *fuentes* naturales del derecho.

3.º Para terminar, consideraremos la realización y los efectos de esta técnica de la palabra; y la veremos llegar a constituir unas *leyes* escritas que, en las ciudades evolucionadas, son un instrumento secundario para la invención de la sentencia. Teoría del *derecho positivo.*

144. Contradicciones de las lógicas jurídicas. No vayamos, sin embargo, a ilusionarnos. Porque hemos de percatarnos muy pronto que del mismo modo que acerca de las fuentes del derecho hay múltiples y contradictorias teorías, que mutuamente se combaten sin que entre ellas se logre una verdadera síntesis, la discordia impera también entre los lógicos del derecho.

Acabo de citar algunas obras sobre el razonamiento jurídico: las de Viehweg, Engisch, Perelman. Pero el contenido que vamos a encontrar en los tratados de Ziembiski (*Pratical Logik*), Klug (*Juristische Logik*), García Maynez, Weinberger, Tamello, George Kalinowski, (*Introduction à la logique juridique*, 2.ª ed. 1978), etc... es radicalmente distinto.

Empezaremos porque la misma palabra *Lógica* es equívoca. Etimológicamente, designa el estudio de los razonamientos (*logoi*). Y así Ch. Perelman, el maestro de la Escuela de Bruselas, bajo el nombre de «lógica del derecho», observa las diversas operaciones discursivas específicas del oficio jurídico. Pero, en la significación

que hoy ha llegado a ser la más habitual, la lógica constituye una ciencia más especializada: se limita al estudio de ciertas formas de razonamientos, que partiendo de premisas dadas, llevan a unas conclusiones necesarias. Es sobre todo la ciencia y el arte de la *deducción*. Descubre sus «leyes lógicas». Y como estas leyes de la deducción tienen un valor universal, y como aquí se trata de una lógica común, los juristas también la utilizan. Y la lógica así entendida incluso presentaría para los juristas un interés particular: pues al estar admitido que las sentencias se deducen de las leyes, o, si no de las leyes, de otros textos, hay que enseñar a los juristas el arte de una rigurosa deducción.

Tan sólo observaremos que la forma de los razonamientos jurídicos ofrece algunos rasgos originales. Los textos jurídicos en vez de describir unos hechos existentes, y de ser así simplemente «*constatativos*» —como los de las ciencias naturales— tienen como función el prescribir sus conductas a los justiciables; la de obligarnos a ciertos actos, la de permitírnoslos o la de prohibirlos. Tienen forma «normativa». Y cuando las premisas son normativas, intervienen ya otros particulares modelos de deducción, otras leyes lógicas: las de la lógica «deóntica».

Eso es lo que constituye la materia de la mayor parte de nuestros Tratados, de nuestras «lógicas del derecho», por ejemplo, de la de G. Kalinowski. Pero observemos que las obras que acabamos de citar (como la de M. Perelman, presentada bajo el mismo título) tenían un contenido absolutamente distinto, puesto que nos hablan de una técnica de la controversia, de la refutación, de «la argumentación».

Los especialistas contemporáneos de la lógica jurídica nos ofrecen, en realidad, el espectáculo del más total de los desacuerdos. También aquí discrepan nuestros guías, dejándonos en la incertidumbre. Y, en esta dificultad en que nos encontramos sobre la cuestión de las fuentes del derecho, ¿quién nos permitirá escoger? ¿Quién

decidirá si la solución deberá obtenerse por deducción de los textos de las leyes, o de un modo totalmente diferente?

145. MÁS ALLÁ DE LAS CIENCIAS. No serán los lógicos los que nos saquen de nuestra ignorancia. Y quizá nos equivocábamos, cuando al empezar este capítulo, dábamos crédito a estas producciones de la ciencia contemporánea cuyo orgullo consistía en apoyarse directamente sobre «la experiencia». Pues no hay experiencia sin apriorismo; los sabios sólo observan *a través* de los presupuestos, de los conceptos, y de un lenguaje dado de antemano.

Para que nuestros lógicos se pusieran de acuerdo sobre el contenido de la lógica jurídica, hubieran tenido que entenderse primero sobre el contenido de la palabra *derecho*. ¿Designa un estado de cosas tal como debería de ser, en virtud de normas ideales? ¿Es «el conjunto de las leyes» y sus consecuencias? ¿O bien es un hecho concreto, la conducta de los jueces y la de los justiciables? He ahí un problema previo a la construcción de un método o lógica jurídicos, que la lógica no resolverá.

Como toda ciencia particular, la lógica jurídica se basa sobre unos principios de los cuales depende (supra § 7). Es evidente que presupone alguna idea del derecho, de los *fines* específicos del oficio del derecho. E incluso es probable que no haya ninguna ciencia de la lógica que no dependa de una ontología, de una cierta concepción del ser, de las relaciones de las «palabras» con las «cosas», de una teoría del conocimiento. La lógica no es autónoma.

Para superar las divergencias de los lógicos, hemos de mirar por encima de la lógica; hemos de elevarnos a esa disciplina «arquitectónica», que suministra a las ciencias sus definiciones, y sus fines a las técnicas. Hemos de volver a gustar de la filosofía.

Artículo IV

FILOSOFIAS

146. EN LAS FUENTES DE LAS CONTRADICCIONES. ¿Y si todas esas contradicciones y aquellos callejones sin salida y este fracaso de la teoría contemporánea, provinieran de los prejuicios que nos impone nuestra educación en *filosofía,* de que nos diera pereza someterlo a discusión?

Las doctrinas antes mencionadas están construidas sobre unos *postulados* que no se toman la molestia de desarrollar. Constituyen su raíz oculta, la parte sumergida del iceberg.

El positivismo legalista es el heredero de la doctrina *política* del Contrato social, que sustentaba a la Europa liberal. Detrás de los proyectos más recientes, como los de M. Miaille, de transformar la ciencia del derecho, yace la filosofía marxista: la idea de que la historia gira, de que un nuevo orden ha de sustituir al sistema del capitalismo, y de que un buen jurista ha de esforzarse para que el derecho se adapte al ritmo de la historia.

Y esos préstamos de la política son todavía aquellos que se discuten, o que acaban por ser sacados a la luz. Hay otros principios más ocultos. ¿Por qué los partidarios del legalismo o de la lógica «deóntica» presuponen como obvio que el derecho haya de ser un sistema de reglas «de conducta»? ¿Por qué Kelsen encierra el derecho en el mundo del *Sollen?* En cambio sus contradictores, sociologistas o realistas, sitúan el derecho en el mundo de los hechos, y modelan su metodología sobre la observación de la actuación real de los juristas. ¿Por qué? Estos conceptos del «*Sollen*» y del «*Sein*», del ser y del deber ser, del hecho y del derecho, han sido recibidos pasivamente de las filosofías ambientales.

147. EL PODERÍO DEL LENGUAJE. Pero para los juristas no existe el problema de los fundamentos de sus siste-

mas; se abstienen de «tematizarlos». Están poseídos por un lenguaje recibido por su grupo, que les obliga a considerar al «derecho» como un conjunto de reglas, o de hechos sociales, y que practica esa separación entre las normas y los «hechos».

El lenguaje del propio grupo es algo que sólo se discute por excepción. Se le respeta, porque es medio de comunicación, norma común y está, por tanto, sustraído a la fantasía de los particulares. Para persuadir, para ser comprendidos, para comunicar, estamos obligados en general a dar a las palabras el mismo sentido que los que nos rodean. Así pues en la vida cotidiana no se puede, por eso, dejar de tenerle en cuenta ni pedir a los prácticos que se liberen de sus principios, ni tan siquiera que tengan clara conciencia de ellos (§ 12).

En cambio la filosofía discute el lenguaje y hace algo más que discutirlo, pues abarcándolo todo, esforzándose por articular el conjunto del mundo, y confiriendo un sentido concreto a los términos que designan a sus elementos (§ 14), acaba por constituir diferentes *sistemas lingüísticos*, en cuyo interior trabajan los constructores de las ciencias jurídicas. *Sistemas* que son reductibles a un pequeño número.

No me será necesario remontarme más; ni penetrar (lo cual sería una tarea infinita) en el pensamiento de cada filósofo. Pues para las necesidades particulares de la filosofía del derecho, nos bastará con reconocer los tres o cuatro tipos principales de organización del mundo obtenidos por el trabajo de la filosofía, y que repercutieron en la teoría jurídica. En esa zona de la *intersección* de la filosofía y del derecho es donde descubriremos las raíces y la explicación de nuestras diversas metodologías.

148. DOS TERAPÉUTICAS. Pero esta obra tampoco pretende ser solamente descriptiva. Intenta descubrir la filosofía más apta para procurar una visión completa de las fuentes y del método del derecho.

Como Diógenes, con su linterna, buscaba un hombre,

habrá que *buscar* una filosofía. No adular a la opinión ambiental ni divagar sobre los lugares comunes de la corporación. La filosofía que se limita a examinar nuestras costumbres no vale una hora de esfuerzo.

¿Qué les voy, pues a oponer? ¿Otras novedades a la moda del día, aunque sus autores sean tan extraños a toda experiencia jurídica como lo fueron los filósofos de los últimos siglos? Ya he dicho que no tengo ninguna gana de hacerlo (§ 17).

Para salir de las contradicciones, son posibles dos vías. La primera, acumular y emprender su «síntesis», según dice la lógica de Hegel; es decir progresar por encima y más allá de la obra de nuestros antecesores, mediante una especie de huida hacia delante. No dejar de añadir otros nuevos sistemas por encima de los antiguos.

La segunda, apartar las supersticiones progresistas, y volver hacia atrás. Ir así a buscar una respuesta a las aporías contemporáneas, no hacia abajo, sino hacia arriba, en la tradición clásica de Europa. No es ésta la actuación más en boga.

...Oh cruel contragolpe de la Tecnocracia!
Nada bajo Giscard vale más que la eficacia.
No se oye en la Facultad
más que hablar de negocios, de entidades
económico-gestionarias
de derecho público, de derecho privado,
de periodismo, y mucha cháchara...
pero la historia la han dejado al margen.
La han reducido a la impotencia y destinado al paro [1].

Pero como ya se ha reconocido que, a diferencia de las técnicas y de las ciencias modernas, en filosofía no existe *progreso* (§ 18 y s.), nosotros haremos que la historia contribuya.

1. Cartel mural de la II Universidad de París en 1978.

149. ORÍGENES DEL DERECHO. Los romanos inventaron l derecho. Mientras, hacia finales de la República, lo nejor de los romanos se dejaba conquistar en Roma or la cultura griega, se compusieron los primeros traados del *Jus civile;* y sentadas así las bases de una cienia del derecho que por primera vez era autónoma y consiente de sus principios, Cicerón, buen observador de aquel acontecimiento, habló de la invención de un nuevo «*arte*», basado sobre una definición de las finalidades de la jurisprudencia.

Aquel viejo fondo sigue siendo indesarraigable, pues aunque de él no conservan más que fragmentos, trozos disgregados, las teorías del derecho moderno se siguen sustentando siempre por algún sitio en la tradición romana. ¿Se ha de excluir, por eso, que tras las sucesivas oleadas de «renacimiento del derecho romano» que señalaron la Edad Media, el siglo XVI, y la época de Savigny en Alemania, no vuelva a producirse en el porvenir un nuevo retorno a dicha tradición clásica? Y no ciertamente a las soluciones del *Corpus Juris Civilis* —inadaptadas para nuestro tiempo—, sino al *método*, a los *principios*.

Habían estos salido de una filosofía. Filosofía apropiada a las necesidades del arte jurídico. Porque a diferencia de las doctrinas de Descartes, Hobbes o Kant, estaba alimentada por la observación de la vida común: porque comportaba una definición concreta del *fin* del derecho *(suum quique tribuere);* y porque le forjaba al jurista su dominio, muy distinto al de la moral o al de las disciplinas científicas (§ 123).

Los *medios* son función del fin. En el sistema filosófico al que debió sus principios el derecho romano, podían hallarse a la vez unos *modelos lógicos* aplicables a esta nueva ciencia; una concepción de la *naturaleza* que tenía la ventaja de conferir un sentido aceptable a la expresión de derecho natural, y que daba respuesta al problema de las *fuentes* primeras del derecho; y, para terminar, un análisis del arte y de las producciones humanas, merced al cual cabía comprender la génesis del *derecho positivo,* de las leyes escritas, y el paso de las

leyes escritas a las sentencias. Es decir todo un método de invención del derecho que falta en nuestros manuales.

* * *

Eso es lo que constituirá sobre todo el objeto de este segundo volumen. No escapará, pues, al reproche de inactualidad.

Pero que el lector se digne leerlo, antes de condenar. Al final del tomo anterior habíamos observado que la doctrina de Aristóteles y del derecho romano sobre el *objeto* del arte jurídico no había fenecido en absoluto. Tal vez nos suceda lo mismo con la metodología clásica.

Verdad es que ella ha desaparecido, abandonada por la influencia de esas nuevas filosofías nacidas fuera de la experiencia del derecho, que nosotros llamábamos «extrínseca». Es menester expurgar de esos cuerpos extraños el lenguaje jurídico, *restituir al jurista lo que es suyo...*

Aunque fuera en contra suya sin confiar demasiado en convencerlo. La mayoría de los juristas es alérgica a los ejercicios filosóficos. En materia filosófica su tendencia natural les impulsa a alinearse bajo las formas de pensamiento comunes.

¿Atacar al lenguaje del grupo, a sus conceptos fundamentales —lógica, naturaleza, derecho positivo—? La rutina universitaria no nos prepara para ello, y la mayoría de nuestros razonamientos tienen así otro objeto. Ni los grandes sistemas dogmáticos, ni las «ciencias» de última moda nos serán para ello de ninguna utilidad. Pero el antiguo modo de filosofar se titulaba «dialéctica» porque se proponía discutir el sentido de los términos refiriéndolo a las realidades, y no trabajaba más que sobre signos pero perseguía definiciones de *cosas*. Trabaremos conocimiento con él en el título siguiente.

TITULO PRIMERO

LOS MEDIOS LOGICOS

Audiatur et altera pars

CAPITULO I

SOBRE LA DISPUTA DE LAS LOGICAS JURIDICAS

Puesto que todo el derecho se presenta bajo forma de razonamientos nos ha parecido oportuno empezar por un análisis de la naturaleza de tales razonamientos jurídicos. ¿No debería ser éste el objeto de la llamada lógica jurídica?

Pero la lógica se ha convertido en una ciencia especializada, provista de un lenguaje muy esotérico. No entraremos, pues, en dicha ciencia, que escapa a nuestra competencia. Pero lo que no se nos puede escapar es que no hay ninguna conformidad entre sus especialistas: y que esta disciplina es, sobre todo, un campo de controversias. Y que sus desacuerdos no versan sobre puntos menores. Tocan a lo esencial, al programa de esta disciplina; se nos sirven así definiciones diametralmente contradictorias del objeto de la lógica jurídica. Pasemos revista, a este solo fin (nuestra presentación será muy incompleta), a las posiciones antagonistas.

Artículo I

UNA LOGICA DE LA DEMOSTRACION

150. LÓGICA CIENTÍFICA. La mayoría de las obras tituladas como lógicas del derecho apenas si se proponen exponer razonamientos *propios* para los juristas. Tratan

más bien de una lógica *común* a todos los sectores de la ciencia. Pues conseguir «la unidad de la ciencia» es una ambición contemporánea; y esta unidad se obtendría si se extendieran a las ciencias humanas los métodos de las ciencias físicas. Así lo creen al menos los adeptos, que aún son influyentes, de lo que se llamó el «fisicalismo».

Sabido es que la lógica, que dicen que nació con Aristóteles, conoció un enorme auge desde finales del siglo XIX. Su importancia en la actividad científica se puso de relieve por la escuela del «positivismo lógico». Se declaró que la ciencia era el único modo de verdadero conocimiento y se analizó en dos elementos: las *observaciones* empíricas, practicadas objetivamente, por medios abiertos a todos, y por todos «verificables». Y por otra parte, el *lenguaje* científico servía para enlazar los datos de la observación, y para generar «teorías». Toda ciencia está hecha de teorías y por ello su lenguaje había de estar sometido a unas reglas comunes. Desde Descartes y Galileo, su mejor ejemplo fueron las matemáticas, y por extensión, la lógica moderna se forjó así sobre el modelo de las matemáticas, aplicable a todos los sectores del conocimiento científico.

Está, pues, constituida sobre todo por las reglas de la *deducción* (como tiene el derecho que pasar de una proposición a otra, o *demostrar* una proposición) o por las *leyes* necesarias de esas inferencias, sobre las cuales también deben ponerse todos de acuerdo. Tales leyes eran antaño las del «silogismo» científico, las cuales fueron sustituidas por las reglas del «cálculo de las proposiciones». Lo cual supone el análisis de cada proposición, de sus términos, de las relaciones entre dichos términos, de la definición, de los «conjuntos», la «lógica de las clases»...

La lógica jurídica tan sólo les añadiría algunas variaciones: porque las proposiciones de las ciencias «naturales» son «constatativas», tienen como función el describir lo que es, pero solemos admitir que las proposiciones jurídicas son «normativas», prescripciones de un comportamiento. Utilizan otros criterios funcionales. No es

ya que: «si A es, entonces B existe»; sino que «está prohibido, está permitido o es obligatorio» efectuar los actos A o B. Las inferencias que se hagan partiendo de este tipo de proposiciones obedecerán a otras reglas, y habrá que construir otros modelos, otros «sistemas» de lógica formal.

Habría así una «lógica práctica», que interesaría a la vez a la moral y al derecho, o —más estrechamente circunscrita— una «lógica deóntica» que se ha desarrollado ya ampliamente, gracias en especial a Von Wright, García Maynez y Kalinowski.

151. SISTEMATICIDAD DEL DERECHO. Nadie duda de que no convenga propagar su enseñanza entre los juristas. No hay nadie que no deba tender a razonar correctamente, los juristas tanto como los demás incluso mucho más que el vulgo.

El derecho sería una *ciencia.* Según Leibniz, se asemeja a las matemáticas. La primera cualidad que se le pide a una sentencia es la de ser aceptable, la de que sea presentada como tal a todos, y, por consiguiente, esté fundada por un razonamiento riguroso, sobre unas premisas indiscutibles; que esté deducida de un texto previo. Entonces haría falta que, a su vez, los textos estuvieran lógicamente fundados. Por eso repiten gustosamente los normativistas, «el derecho» tiene vocación de constituir un «orden normativo» homogéneo, un *sistema* de normas.

Nosotros nos representamos al derecho como una obra de razón humana, y el espíritu humano pone su marca, su pasión del orden lógico, sobre todos sus productos. Que «el derecho» forma un orden homogéneo parece ser postulado común a todas las escuelas, por múltiples que sean las ideas que ellas profesen sobre las *fuentes* primeras del derecho:

1.° En el *positivismo legalista,* salido de la doctrina hobbesiana del contrato social, impera la tesis de la absoluta soberanía de las leyes del Estado sobre el derecho. Pues como Hobbes había ya señalado en su «Diálogo en-

tre un filósofo y un jurista del *Common Law*», al menos hará falta que la sentencia sea *deducida* del texto de la ley, con exclusión de cualquier otro motivo.

Lo cual se ha convertido en un lugar común del positivismo jurídico, tan repetido por los filósofos (como Kant en su «Doctrina del derecho»), como por los juristas (la Escuela francesa de la Exégesis). En el libro de Henri Motulski («Principios de la realización del derecho positivo») puede hallarse un análisis de «*silogismo judicial*». La sentencia sale de un silogismo, cuya premisa mayor será suministrada por una norma general, quedando el caso específico «subsumido» bajo el término inscrito en la ley. Verdad es que en Motulski, la regla jurídica ya no es siempre un texto legal en sentido estricto: y es que ha habido efectivamente que rebajar mucho sobre el pretendido monopolio del Código para regentar el derecho.

2.° En la escuela moderna del *derecho natural*, racionalista, se sitúa la «fuente» en los axiomas de la Razón pura (grandes máximas generales de conducta moral tales como: cada cual ha de reparar el daño causado por su culpa —o mantener sus promesas). A partir de ahí, las mismas leyes se ordenan en sistema deductivo. El contenido del derecho se organiza. Los teóricos de la escuela (desde Pufendorf a Wolff, pasando por el francés Domat, autor de las «Leyes civiles ordenadas según su orden natural») fueron los primeros constructores de sistemas jurídicos deductivos. Observemos, por otra parte, que también la doctrina concurrente del Contrato social (el positivismo legalista) pretendía estar deducida de primeros axiomas racionales (la libertad y la razón del hombre en su «estado de naturaleza»).

3.° Y también en el *positivismo científico*, al menos bajo las formas mitigadas que reviste en el siglo XIX, y sobre todo en el pandectismo alemán —ortodoxia de las Facultades del siglo XIX— salido de la combinación de principios contradictorios (§ 138).

Para Savigny (*Von Beruf*, «De la vocación de nuestro tiempo con respecto a la legislación y a la ciencia del

derecho», 1814) el derecho es producto del espíritu de la nación; su fuente se descubrirá a través de los hechos históricos, en la costumbre, en los usos espontáneos de los pueblos. Sin embargo, Savigny no duda de que «el derecho» —en cada lugar y en cada tiempo, en cada nación particular—, no constituya un sistema lógico. Se opuso así a las Codificaciones de la Escuela de Derecho natural, a las creaciones artificiales del legislador, pero atribuyó un papel capital a la ciencia del derecho, *Wissenschaft*, obra de los juristas. Su papel tenía que ser precisamente el de deducir ese orden lógico, del mismo modo que Newton había sistematizado el movimiento de los astros poniéndolo bajo la ley general de la gravitación.



Sigue siendo, pues, nuestra Razón la que forma el sistema, pero más bien esa especie de Razón que, según Kant, es la que constituye las ciencias naturales, cuando ordena bajo sus forma lógicas los datos de los sentidos. El modelo de las ciencias naturales se aplicó a la ciencia del derecho. Y el postulado de que todo derecho es sistemático quedó así aparentemente conservado en la escuela histórica del derecho.

Los Pandectistas cumplieron esa parte del programa de Savigny: construyeron un sistema científico; elaboraron esta «jurisprudencia conceptual» *(Begriffs-jurisprudenz*—Puchta) que partiendo de las definiciones de algunos términos fundamentales (derecho, derecho real, propiedad) que mutuamente se deducen unos de otros y se alinean en orden lógico en una «pirámide de conceptos», trata luego de deducir de ellos las soluciones de derecho. De ahí provino aquella rígida «dogmática» jurídica que constituyó el orgullo de los profesores, y a la que el orden de su mecanismo destinó efectivamente a la enseñanza.

4.° Por fin, en la corriente *utilitarista*; como simultánea reacción contra la Escuela racionalista de derecho natural y contra la Escuela histórica alemana, el derecho se ha convertido en un *instrumento* de la política o de la economía; en una técnica de control social que es puesta

en acción con el fin de obtener el máximum de los placeres o el aumento del poder colectivo del grupo. Pero esta otra manera de concebir la función del derecho y su origen, también llevará, como a sus antecesores, a conferirle la forma de un sistema, no menos *racional.*

Ya no se trata de la Razón de Kant dictando las reglas de la práctica, sino de una razón *calculadora* dedicada a descubrir los medios más adecuados para producir tal o cual efecto. Bentham había construido una ciencia de la legislación, que debía aportar a los textos jurídicos el máximum de eficacia y de utilidad, mirando al aumento de bienestar. Se expresa bajo la forma de proposiciones *funcionales:* un procedimiento eficaz para asegurar la dicha a los propietarios es prohibir el robo e inventar contra él determinada especie de penalidad. Los medios se van a organizar así en sistemas. No ya deductivos, sino lineales. Pero la lógica contemporánea dispone así de nuevos modelos, cibernéticos o estructurales.

En definitiva, la *racionalización del derecho* se ha realizado en Europa bajo esta forma «teleológica». Max Weber lo demostró muy bien; y el fenómeno desborda el derecho. Lo propio del occidente moderno habría sido, según este autor, *racionalizar* todos los sectores de nuestra vida: se han planificado la economía, la producción y el *marketing,* la circulación, los aeródromos, hasta los nacimientos. El derecho no sería más que uno de los instrumentos de esta gigantesca empresa de organización racional. El derecho también se planifica.

Desde cualquier ángulo que se le considere, la tendencia del derecho moderno va hacia la *cientificidad.* El progreso del derecho está en alcanzar el máximum de coherencia para procurar a los justiciables la seguridad, la certidumbre de las sentencias y su carácter previsible, y la eficacia del «control social».

Los lógicos concurren a su creación, y velan por su funcionamiento. Tanto más cuanto que la lógica moderna, que tiene el mérito de haberse liberado de las normas del antiguo silogismo, y que ahora se expresa por «*funciones*» —y la lógica «deóntica»— estarían adaptadas para

ello. Hay días muy hermosos por venir para la aplicación en el derecho de modelos cibernéticos o parecidos.

Claro que a condición de que el derecho siga siendo un sistema. Por desgracia han surgido juristas que no están conformes en absoluto con ello.

Artículo II

OTRAS FORMAS DE RAZONAMIENTOS

152. Lógica de la invención. Pero, de momento, ocupémonos de otra lógica.

Hay razonamientos que no son demostrativos y que la lógica contemporánea quizá hace mal en menospreciar. Wittgenstein, cuyas primeras obras todavía están cerca del positivismo lógico, se dedicó luego a redescubrir un lujurioso mundo de palabras que no son en absoluto científicas. Y tras sus huellas, la escuela inglesa del análisis lingüístico se ha interesado por una multitud de proposiciones que utiliza cotidianamente el «lenguaje ordinario», proposiciones emocionales, exclamativas, deprecativas, configuradoras, interrogativas, que por su función o por su estructura se revelan muy poco científicas...

En el mismo campo de la ciencia, no hallamos sólo razonamientos estrictos y necesarios, perfectos discursos de una ciencia *acabada*. Porque el estado real de la ciencia no es el de estar acabada. Aunque puede aparentar que lo está por las necesidades de la enseñanza, que suele ser impartida según la moda de la «dogmática», como si se explicase una doctrina cierta.

De hecho, el estado de la ciencia es el de ser una *investigación*, nunca terminada. Los epistemólogos de

hoy ya no describen las leyes científicas como simplemente «inducidas» de los hechos, y tenidas por definitivas cuando superan la prueba de nuevas «verificaciones». La creación científica es más misteriosa. La imaginación participa en ella. La ciencia parece elaborarse a golpes de hipótesis, primero arriesgadas, luego confrontadas con la experiencia, pero cada una de las cuales es «falsificable» (Popper). De ahí nacen las teorías rivales.

La *controversia* entre sabios constituye el medio principal de este proceso de invención. Sin duda este tipo de operaciones, que ocupa el mayor espacio en la vida científica real, merecería ser considerado por la lógica. A menos de que no se pretenda reservar el nombre de lógica para los razonamientos necesarios. Y entonces habría que servirse de otra palabra, pero no sabemos bien de cuál.

153. ¿ES CIENCIA EL DERECHO? Pero volviendo al derecho, nos parece que la Escuela de derecho natural se apresuró demasiado al asimilarlo a las ciencias ya constituidas —que están edificadas partiendo de lo alto, deductivamente— sobre unos axiomas racionales de moralidad (cumplirás tus promesas —respetarás a la persona humana); igual que constituyó Euclides su geometría, salvo que en derecho las premisas serían deónticas, y el propio derecho sería una ciencia «normativa», en uno de los sentidos de esta expresión, el de sistema deducido de normas (cf. G. Kalinowski: *Querelle de la science normative,* 1969). Lo cual no fue más que un sueño, irrealizable.

No menos ingenua fue la empresa de constituir la ciencia del derecho sobre el modelo de las ciencias naturales, el famoso modelo de Newton. Ya hemos dicho que la voluntad más o menos consciente de imitar a Newton ha estado implícita en las construcciones de la escuela histórica alemana y de la «ciencia» pandectista. Pero esta pretensión es absurda: porque así como Newton tenía buenas razones para postular que el movimiento de las

estrellas seguía un orden fijo, y para buscar sus leyes permanentes, nada permite postular que en el derecho vaya a suceder lo mismo, si el derecho es un «producto histórico». Pues a diferencia de los objetos de la Astronomía y de la Física, el derecho cambia. Se ha propuesto así completar la lógica estática de las ciencias naturales con una lógica *dialéctica*, entendiéndose esta palabra en el sentido de Hegel, la cual daría razón de estos movimientos, y los doblegaría a otras formas de la Razón universal (Larenz-Capozzi). Pero, hasta aquí, sin demasiado éxito, por no haberse prestado la historia a esta formulación: al menos, la historia del derecho, de las leyes y costumbres judiciales, con las cuales tienen trato los jurisconsultos. El mismo Hegel lo había notado. Dicha historia está totalmente llena de contingencias; y uncirse a la construcción de una ciencia del derecho así entendida era ir en pos de un prodigio.

No menos ilusorio fue el proyecto de racionalizar el derecho —conforme al modelo de la técnica— en función de un fin, y reducirlo así a un sistema «teleológico». ¿Pues cuál es el fin que se propone? ¿El «bien» común del grupo y el bienestar de sus miembros? Como ya lo demostramos en el primer tomo (§ 90), este objetivo es demasiado ambicioso para definir el oficio del derecho: la dicha de todos y de cada uno de nosotros más bien nos parecería el fin de toda actividad humana. Quizá se dirá que el bienestar, el «bien vivir» es el fin de las *leyes*, y que el oficio del *derecho* es más modesto.

El tecnicismo maneja nociones confusas. En realidad la noción de *Welfare* o de felicidad común del grupo, en función de la cual se pretende constituir el sistema del derecho, al no significar nada, disimula otras miras menos universales: en el siglo XVIII, el servicio de la clase dominante de los propietarios; más tarde, el interés del proletariado o del aparato del partido que representa a la clase obrera; los intereses superiores de la economía; el desarrollo de la producción; o el mantenimiento de esos privilegios de los cuales se benefician las naciones

más desarrolladas. Intenciones obscuras, inconscientes, y que se tiene la astucia de encubrir bajo una nube ideológica. Las filosofías tecnicistas tienen cierto saborcillo a ideología.

El fin del oficio jurídico no es el de ser útil para la dicha de tal o cual individuo de una clase o colectividad, sino el de buscar el reparto más justo *entre* esos diversos intereses. Pero este equilibrio que se ha de descubrir no podría constituir un *fin*, en función del cual se construyera un sistema utilitarista.

El prestigio de las ciencias, su predominio sobre la cultura europea han sido tan grandes que los juristas no han podido resistir a la tentación de tranferir sus diversos modelos sobre su propia disciplina. De lo cual se aprovecharon los lógicos para hacer su entrada en nuestras Facultades. Un poco de reflexión basta para comprobar que tales plagios están destinados al fracaso. Nadie ha logrado todavía elucubrar una «ciencia del derecho» que no sea engañosa. Y por eso se opuso inmediatamente una contraofensiva a la irrupción en el derecho de la lógica formal.

154. NUEVAS «LÓGICAS JURÍDICAS» — IRRACIONALISMO. Tampoco sé si cabe hablar aquí de lógica. Las doctrinas que vamos a comentar son más bien *antilógicas*. Se oponen al postulado de la racionalidad del derecho, del cual se alimentaban los constructores de los sistemas jurídicos.

La duda surgió en el sector del positivismo científico, con aquella nueva raza de sabios que iban a negarse a construir, al modo idealista, el método jurídico tal y como debería de ser, sobre unos principios, *a priori*, sino que intentaron describirlo tal y como es en realidad. ¿Qué es lo que se comprobó efectivamente?

La polémica nació en Alemania, primero contra las construcciones «científicas» de la escuela oficial —pandectista—. Primer acto: Von Kirchmann denuncia la va-

nidad de aquella pretendida ciencia jurisprudencial: *Die Wertlosigkigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*, 1847... Basta con tres palabras del legislador para que toda una biblioteca pandectista pierda su valor y se convierta en manchas de tinta: «*Blosse Makulatur*». El programa de Savigny se vino al suelo y revelose incompatible con el principio mismo del legalismo.

El ataque se amplificó, cuando Jhering, volviéndose contra la Escuela histórica del derecho, se puso a ridiculizar la «jurisprudencia conceptual», el «ciclo de los conceptos», esos productos universitarios que habían perdido todas sus amarras con la práctica jurídica real: *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*, 1884. El derecho está vivo, no deja de transformarse por la pugna que mantienen los intereses contradictorios (*Der Kampf ums Recht* —1872— *Der Zweck im Recht* —1877-1883).

El verdadero problema ya no será así el de deducir el derecho de un sistema de textos, sino el de crearlo constantemente, el de cómo *inventarlo* (Ph. Heck: *Das Problem der Rechtsgewinnung*, 1912). ¿Por qué medios? Sobrevino entonces la reacción «antiformalista», el sociologismo, que demostró la irrealidad e ineficacia de las leyes, pero también de los montajes pandectistas. Se implantó la «jurisprudencia» llamada «de intereses», la Escuela del derecho libre.

Retengamos este título de Ehrlich: *Die Juristisch Logik*, 1914. Su tesis es que los lógicos no aportan al derecho nada, más que falsas teorías. Las sentencias son la obra de los jueces, que obedecen a su instinto, a su intuición, y están condicionados por las circunstancias. Tesis que había de triunfar en las escuelas de los «realismos» americano y escandinavo. Y que nos lleva del racionalismo heredado de la época de las Luces a su contrario, el total *irracionalismo*, que por otra parte es poco seductor.

155. Doctrina de la Escuela de Bruselas. En la literatura reciente —los libros de Wiehweg: (*Topik und*

Jurisprudenz), Giuliani (*La Controversia*), Perelman, Engisch, Esser, M. Kriele, etc., no encontramos ya unas negaciones tan radicales. Pero excluirán que el derecho pueda ser un «sistema cerrado», y forjarse «axiomáticamente». Al pensamiento sistemático (*Systemdenken*) van a oponer el pensamiento por problemas (*Problemdenken*): y a la axiomática, la «*Tópica*», término tomado por Viehweg a Vico. G. Struck ha publicado recientemente una *Tópica del derecho* (*Topische Jurisprudenz*, 1971). Todo proceso nace de una controversia.

No se trata de que el ejercicio de la deducción haya de ser expulsado de él. Pues en cada razonamiento (incluso «ordinario») interviene alguna deducción. Y en cuanto ello es posible, rigurosa. Pero en el derecho, apenas si habría que preocuparse de este rigor. Por otra parte todos los autores de lógica jurídica han notado la frecuencia en el lenguaje de los juristas de formas de discurrir imperfectas, aproximativas —razonamientos «por *analogía*», uso de *entimemas;* palabra que, en retórica, designa a unos silogismos abreviados, en los que falta algún eslabón de la deducción. Los términos del derecho son maleables, su sentido es blando, siempre discutible («Relatividad de los conceptos del derecho», ya subrayada por Müller-Erzbach). En el oficio del derecho no existen, pues, ninguna de las condiciones requeridas para el funcionamiento de una ciencia.

El Proceso, según Perelman, es sobre todo una *lid* de opiniones, no se ocupa uno en ella tan sólo de inferir unas conclusiones de unas premisas dadas. Pues en el oficio judicial (aunque se deba terminar por unas sentencias que revistan la apariencia de «silogismos»), la premisa mayor no se nos da. Tenemos que buscarla, inventarla, escoger entre la pluralidad de las formas posibles anticipadas por los diferentes abogados. No se invocarán allí más que leyes —aunque a veces también se aleguen los «principios generales del derecho», los precedentes jurisprudenciales, la equidad, la oportunidad, todo lo cual los jueces toman efectivamente en cuenta. Se

sirve uno allí de un «arte de la argumentación», arte de refutar, demoler la argumentación del adversario, demostrar su «irrelevancia» para el *caso* litigioso, desacreditarla para hacer prevalecer la propia tesis...

Y en este combate reglamentado, la victoria pertenecerá a aquel de los antagonistas que haya sabido encontrar en apoyo de su causa los lugares comunes más arraigados en la mente del juez, haya argumentado del modo más convincente, se haya revelado el más *persuasivo.* ¿Pues qué son, de hecho, las soluciones del derecho positivo, sino aquellas de las que los jueces —y a través de los jueces la opinión pública— han sido efectivamente *persuadidos?*

Como suele suceder en la vida práctica, estamos aquí fuera del campo de la *ciencia* y de la busca de la *verdad.* Una solución jurídica no es *verdadera.* Se ha presentido sólo como la más oportuna, la más aceptable. No tiene que ser demostrada racionalmente. Se la calificará de «*razonable*», porque se ha hecho que fuera seductora y porque ha conquistado la adhesión de los espectadores del pugilato —auditorio que, por otra parte, será tan amplio como sea posible: hasta conseguir el más amplio «*consensus*».

Por tanto, el instrumento intelectual que necesitarían los juristas no es en absoluto la demostración científica, que se ayuda de la lógica formal. El instrumento específico del derecho es la retórica. *Nueva retórica.* La obra del director del Centro de Estudios de lógica de Bruselas puede resumirse así bajo la etiqueta de restauración de la retórica, disciplina que antaño fue muy prestigiada y que hoy está olvidada y desechada por los teóricos modernos.

156. Resultados. Sobre la disputa contemporánea de las lógicas jurídicas que así hemos esbozado, dos observaciones:

1.° La primera —presentada ya en la Introducción— es que esta llamarada de sabias doctrinas nos deja en la

incertidumbre. No cabría imaginar doctrinas más contradictorias. Los unos, fascinados por el auge de las ciencias, y de su instrumento —una técnica del necesario razonamiento— han jurado inyectar en el derecho esta lógica científica común. Los otros, impulsados por el demonio «dialéctico» de la contradicción, dudan de que esta lógica científica sea utilizable, sin que verdaderamente hayan logrado sustituirla por otra lógica.

Lo malo está en que a nosotros los profanos no nos parece aceptable ninguna de esas doctrinas extremas. Es imposible imponer al derecho el modelo de las ciencias acabadas: y los juristas tampoco son los «émulos de Euclides», de Newton, ni de los tecnócratas contemporáneos de la economía. El derecho no es un sistema cerrado.

Pero ¿renunciaremos a *fundar* alguna solución jurídica? Si consideramos el derecho no desde el exterior, como sociólogos, sino «desde el interior», como juristas, el derecho, para nosotros, no es más que un hecho. Le pedimos que sea justo, que sus sentencias estén *justificadas* y no tan sólo *aceptadas* por el efecto de la persuasión. Esto es (como lo subraya T. D. Perry: *Moral reasoning and Truth,* 1976) una exigencia del sentido común. Nos repugna, pues, igualmente entregar al derecho a los azares de la «retórica».

2.° Segunda observación: si hay un lugar en que parezca imponerse un retorno a la antigua tradición «clásica», es efectivamente ese. La lógica es una creación de Aristóteles.

La «lógica moderna» se ha sacudido la dominación de Aristóteles; e incluso ha apartado al «silogismo», que no ha mucho tiempo se aplicaba todavía en el derecho (§ 151-1.°). Pero en nuestra literatura especializada de lógica jurídica, se comprueba que las obras más actuales, más recientes, han practicado el retorno a las fuentes. Ese es el caso de Viehweg, en *Topik und Jurisprudenz;* de Giuliani, especialista en la retórica griega; y también el de Perelman, que, al principio de su «Tratado de la

ırgumentación», nos advierte de que él ha buscado su nspiración principal en la obra de Aristóteles.

Pero aún es más rica la lógica antigua. Encontrarenos en ella la teoría de otro modelo de razonamiento que ıemos de conocer primero. Aunque por desgracia, sólo ;e expresa a través de un término ambiguo.

CAPITULO II

UN CUADRO DE LA DIALECTICA

157. HISTORIA DE UNA PALABRA. Que la palabra dialéctica se presta a diversos sentidos, es demasiado evidente.

Como este arte degeneró en los últimos siglos de la Edad Media, cayó en el descrédito. La palabra seguía siendo peyorativa en el lenguaje de Kant; resurgió con Hegel y con Marx, con un nuevo sentido, que desde entonces ha pasado a ser de dominio público. La dialéctica dejó de ser un arte de la investigación filosófica para significar el movimiento histórico de la realidad, al cual se doblegaría nuestra mente, que también se movería por tesis, antítesis y síntesis.

Intentaremos aquí restituirle su primer significado. Y eso que en la Antigüedad habían existido diversas maneras de definir la dialéctica, y como todas parten de una raíz común, se está en riesgo permanente de desnaturalizarla. El error más grueso fue el de convertirla en una lógica del *monólogo* (del encadenamiento de los razonamientos de un solo locutor), siendo así que originariamente, y según la etimología lógica del *diálogo*, implicaba una pluralidad de interlocutores.

Artículo I

DOS LOGICAS EN ARISTOTELES

Una aportación de la investigación histórica filosófica contemporánea (por ej. la de Cl. Le Blond, P. Moreau y P. Aubenque) es el redescubrimiento de esa dialéctica

que puede ser calificada como una de las dos partes de la lógica, ciencia de los razonamientos (*logoi*).

158. La lógica de la ciencia. La que fue llamada lógica de Aristóteles (aunque él no utiliza este término) comporta primero el análisis de los razonamientos de la *ciencia perfecta,* que disponía de premisas indiscutibles en el punto de partida. Nosotros creemos estar ciertos, sin que la cosa parezca discutible, de que «los hombres son mortales» y de que «Sócrates es hombre». Por su *silogismo* regular se infiere de ello que necesariamente Sócrates es mortal. Esta especie de razonamiento produciría un saber seguro, *demostrativo;* como la geometría de Euclides, cuyos postulados, durante muchísimo tiempo, no parecieron susceptibles de ser discutidos.

Esta es la parte del *Organon* que cultivó la Europa moderna (salvo sustituir, en fin de cuentas, la teoría silogística por otras formas deductivas que presentaban el mismo carácter de necesidad absoluta). Respondía a la demanda del racionalismo moderno, pues los racionalistas se estimaban poseedores de premisas proporcionadas por la razón pura.

Se la transpuso sobre el derecho, y pareció convenir a los juristas mientras éstos siguieron sacrificando a las ilusiones del legalismo. La *ley,* consagrada como única fuente del derecho —ya porque se pretendiera extraerla inmediatamente de la Razón, o porque en virtud de la teoría del Contrato social, o de otras filosofías de las fuentes (§ 151) se reconociera la soberanía de los textos positivos del Estado— podía servir aquí de premisa.

Sus insuficiencias.

En Aristóteles no encontramos más que esta especie de lógica. Y el propio Aristóteles le atribuía poca utilidad, pues en la práctica es rarísimo que poseamos premisas seguras, cuyo sentido sea absolutamente claro, y tengan sus términos estrictamente definidos. A menos de

que no se ejerza esta especie de razonamiento sobre ciertas *hipótesis*, y se constituya partiendo de ellas un encadenamiento de deducciones rigurosas. Pero entonces todo aquello ya no es más que un juego: un mundo de razonamientos separados de las cosas. Y el magnífico instrumento del silogismo científico y de la rigurosa deducción se despliega en el vacío; tal como lo hacen nuestros sistemas ideológicos.

159. SEGUNDA PARTE DE LA LÓGICA. Si continuamos dando al vocablo de lógica su sentido amplio, etimológico, diremos que Aristóteles conoció una segunda lógica, como análisis de una segunda especie de razonamiento. Aludió a ella en los *Tópicos*, en las *Refutaciones sofísticas*, y, en parte, también en su *Retórica* (pues al ser la Retórica, *en general*, el arte de hablar, puede incluir la Dialéctica). Pero preferimos utilizar el conjunto de la obra de Aristóteles, sus libros de moral, política, metafísica, etc..., porque él suele practicar mucho la dialéctica.

1.° Los razonamientos dialécticos se caracterizan por la incertidumbre de sus premisas que son *opiniones* cuyo valor es «problemático»; y por consiguiente, múltiples, divergentes. El punto de partida es un «problema». El primer acto del procedimiento es el de interrogar: plantear una *pregunta* (cuestión), dado que en cada uno de nosotros faltan los axiomas de los que cabría deducir una *ciencia* de ellos.

2.° La investigación se caracteriza por hacerse entre varios. Puesto que el hombre es un ser social, es natural que el quehacer del conocimiento sea obra *colectiva*. No es tarea de un individuo solitario, sino de un concierto de varias voces, de una polifonía.

3.° Algunos de esos razonamientos deductivos (lógicos en el sentido estricto de la palabra) van a ejercerse en la operación dialéctica: cada uno de los interlocutores se esfuerza por probar su tesis personal, y por la vía de razonamientos tan rigurosos y correctos como le sea posible: los que Aristóteles designa como «silogismos dia-

lécticos». Pero como las premisas de esos silogismos son contradictorias y frágiles, su insuficiencia rebota sobre el término de los razonamientos.

¿Dónde reside el núcleo de la operación? No en la «argumentación» personal de cada parte, sino en el choque mutuo de sus tesis. No se trata de un razonamiento *vertical* —como la deducción que procede de las premisas a sus consecuencias, de las causas a sus efectos, o recíprocamente— sino de un encuentro *horizontal* entre las opiniones confrontadas.

4.º La dialéctica ocupa el punto medio entre la ciencia y la retórica. No alcanzará el saber, del que se jactan los sabios, sino sólo unas conclusiones imperfectas y provisionales. Pues no es demostrativa. Es una investigación (*zétetica*); una aproximación a la verdad.

Y sin embargo, es también persecución de la *verdad;* persecución de una comprensión más completa y más adecuada de la cosa sobre la que se discute. Uno de sus fines, dice Aristóteles (*Top.* 101, a), es el descubrimiento de las premisas que han de servir de base a la ciencia. Por su intención se opone, tanto como a la ciencia, a la *retórica* en el sentido estricto, tal y como la entiende Ch. Perelman. Pues si la Retórica no tiene más que «persuadir» a un auditorio, no lo logra más que «adulando» (Platón, en el *Gorgias*). Para mejor persuadir, se apoya sobre los prejuicios del auditorio. Los confirma; es una caída en los lugares comunes del vulgo; nos degrada. En cambio la Dialéctica es investigación de *conocimiento verdadero,* y parte de las opiniones del grupo, pero con el fin de superarlas; es así una ascensión.

Artículo II

DIALECTICA Y FILOSOFIA

La dialéctica es de uso mucho más corriente que el razonamiento científico perfecto, porque es raro dispo-

ner de premisas indiscutibles, y vano pretender saber por nuestros solos medios personales.

Los horizontes de cada uno de nosotros son esencialmente limitados. Así, yo no conozco más que una ínfima parte de la obra de los grandes filósofos; y vosotros, otra. Si tal es nuestra triste situación, ¿nos contentaremos con razonar cada uno de nosotros aparte, separadamente?

Supongamos que nuestro tema de estudio fuese el estado presente de Egipto. ¿Nos fiaríamos del juicio de un solo viajero, que hubiera «hecho» Lukxor, Karnak y algunos hoteles de cuatro estrellas y hubiese vuelto deslumbrado? Oiremos otros testimonios sobre la miseria de los *fellahs* o los embotellamientos de El Cairo. Y confrontaremos estos puntos de vista.

Audiatur et altera pars. Yo no conozco otro criterio (y este es habitualmente desdeñado) de la verdad de una conclusión. No existe operación más constantemente indispensable que la «dialéctica».

160. Los DIÁLOGOS DE LOS FILÓSOFOS. La «dialéctica» fue el medio de la *filosofía.* En la Antigüedad y en la Edad Media, lo usaron los filósofos a los que se llamó por eso los «dialécticos». Filósofos de distintas escuelas. Tomó, por ello, también formas diversas.

En los *Tópicos,* obra de juventud de Aristóteles, parece tratarse de un diálogo caracterizado por su excepcional rigor en el razonamiento. Se efectúa entre *dos* interlocutores. En Platón, Sócrates interroga, y escoge a uno de sus compañeros (a un joven esclavo, en el *Menon*), para *responder.* Este género de ejercicio toma la apariencia de un duelo entre el interrogador y el que replica, y está sometido a reglas muy particulares.

En un sentido mucho más amplio, la *Etica* o la *Política* y en general los trabajos de los filósofos griegos pueden ser llamados «dialécticos», y no «científicos». Las grandes filosofías antiguas no son la obra de escritores que componen sus libros solitariamente: Descartes junto a su estufa, Pascal, Kant, o Hegel. Florecieron en co-

munidades, en escuelas, conversando. Muy frecuentemente, se presentan bajo la forma de *diálogos* entre múltiples interlocutores.

Puede suceder que el jefe de la escuela dé una síntesis de estas discusiones. Así lo hicieron Aristóteles y, más tarde, Sto. Tomás, el cual recogerá en la *Summa* todas las cuestiones disputadas entre sus estudiantes de teología. Pero Aristóteles no deja de recordar las tesis de sus predecesores, ni Sto. Tomás las opiniones en *pro* y en *contra,* y ambos de confrontarlas. La forma lógica de estas obras sigue así siendo dialéctica y no científica.

161. REALISMO Y DIALÉCTICA. Los filósofos realistas no trabajaban sobre meras palabras: no se contentaban con registrar, como nominalistas, unos «hechos científicos» aislados, con estudiar algún sector abstracto y especializado de las cosas —como las ciencias modernas— ni con razonar o con construir sobre unas sencillas ideas, al modo de los idealistas. Apuntaban al total, a la estructura del ser —¿qué son la naturaleza, la virtud, la justicia, la ciencia? ¿cómo definir la esencia del hombre?

Carecemos de respuesta inmediata, pues nuestras visiones de las cosas son parciales, y cada cual no percibe de ellas más que un «perfil», dirá Husserl. La única manera de obtener un conocimiento de ello menos incompleto es el mirarlas partiendo de una multitud de *puntos de vista.* Y estos puntos de vista son los «*lugares*» (*topoi*) en los que uno ha de irse colocando sucesivamente para considerar desde ellos el mismo objeto. Así se persigue la *intuición* más adecuada de la cosa. Una filosofía realista tiene así como medio la dialéctica, en el amplio sentido aquí comentado.

162. AMBICIONES MODESTAS. Semejante hábito impondrá límites a sus ambiciones. Esta filosofía no es ciencia (los esfuerzos de los pensadores modernos, desde Descartes hasta Husserl, tenderán, por el contrario, a convertir a la filosofía en *ciencia rigurosa*). Ella reconoce la flaque-

za de nuestra inteligencia. El hombre, dirán los teólogos, es impotente para comprender la creación, que es idea de Dios; debilidad inherente a nuestra naturaleza o consecuencia del pecado. La filosofía de Aristóteles, ciencia «buscada pero inencontrable» (P. Aubenque), lo presentía ya.

Pero tampoco podrá *demostrar* que sus resultados sean «necesarios», aun cuando fueran de la más elevada probabilidad: que el hombre sea un animal moral, apenas es discutible, y puede servir de premisa a varios silogismos científicos. Sin embargo, la dialéctica no puede probarlo, existen otras definiciones o principios mucho más dudosos, con los cuales se componen los resultados de la mejor filosofía.

Por ahí se explica su descrédito a principios del siglo XVII. Los modernos —Pascal, Descartes, Hobbes—, sabios embriagados de certidumbre se apresuraron a excluir un método tan incierto. Su mérito fue el de seguir estando abierta, el de no caer en el *dogmatismo*, ese vicio de los sistemas del racionalismo moderno.

Artículo III

ALGUNAS REGLAS DEL ARTE

Un procedimiento reglamentado

Podríamos imaginar que todos somos expertos en Dialéctica, Coloquios o Concertaciones. Los filósofos confiesan estar aburridos de los sistemas; los congresos científicos pululan. El diálogo vuelve a estar de moda hasta en la cultura general. Fue así uno de los vocablos de mayo del 68 y de la Iglesia post-conciliar.

Pero hoy no practicamos más que una especie de diálogo anárquico, preferentemente «informal» y desprovisto de regla; su *arte* se ha perdido. Padeció un primer

golpe con la invención de la imprenta y la consiguiente edad de la escritura, y dudamos de que pueda renacer en la edad de lo audiovisual, de la fascinación de la imagen o de la pasiva escucha de la Televisión. En la tradición clásica, existió una técnica consciente del diálogo; en Grecia, en Roma y en la Edad Media, con la tan calumniada *escolástica.*

Hubo, más o menos rigurosa, una teoría del diálogo filosófico. Y esa es la que nos interesa. Para recuperarla, tendremos que desambientarnos.

163. 1.° SELECCIÓN DE JUGADORES. Primer punto: en el juego de la dialéctica no entra el que quiere. Surge ya aquí una diferencia con la *ciencia* contemporánea. Pues nuestra ciencia moderna es igualitaria: en teoría, los razonamientos de los sabios modernos, fundados sobre una lógica común, deberían ser accesibles para todos; y sus datos experimentales, verificables por todos. *A fortiori,* en la *Retórica.* Vivimos hoy bajo el signo de la democracia cultural.

Por el contrario y en cierto sentido, en la Antigüedad, la discusión filosófica era privilegio de una élite. Platón quería prohibir el «acceso a su casa» a quien «no fuese geómetra». Otros la reservaban al pequeño número que era lo bastante afortunado como para no pensar más que en su materia (no también en las carreras, en los cócteles, o en los coches de lujo).

Pequeño número: porque no era común dedicarse al tipo de cuestiones que planteaban los filósofos griegos: ¿qué es la naturaleza?, ¿qué es la virtud?. La mayoría de los hombres, que son seres activos —los trabajadores, los negociantes— no están dispuestos para ello de ninguna manera.

Y, sin embargo, sin estas condiciones, no hay diálogo auténtico. Tampoco eran aptas para este juego las personas «comprometidas» —lo que quiere decir sordas a los puntos de vista de sus adversarios— o que querrían discutir a garrotazos. No se ha de admitir a esta cantera de

la filosofía sino a esas pocas personas que están dispuestas a jugar el juego de la especulación desinteresada.

Veremos así que el primer acto de la institución de la ciencia jurídica es un proceso de clausura, de cierre del tribunal —el término a la moda sería el de «espacio judicial»— o el de constitución de un cuerpo especializado de jurisconsultos.

164. 2.° CONTROL DE «AUTORIDADES». Pero cuidemos de evitar que la dialéctica sólo tome en cuenta los puntos de vista de los interlocutores presentes: pues la confrontación ha de ser más amplia, puede invocar otros testimonios. Cabe alegar así en sentidos diversos, las *autoridades*. Lo normal era escogerlas, comprobar su competencia, y ponderar sus pasos respectivos.

Sabido es que esta parte del método de la controversia fue codificada por la escolástica medioeval, aunque posteriormente fuera desacreditada y arrastrada por el barro, pero equivocadamente.

Por el contrario, en nuestros tiempos somos esclavos de los *autores;* estamos avasallados a los textos. En la antigua cultura escolástica, los textos servían sólo de medios. E incluso, —escribe Sto. Tomás, al principio de la *Summa*, I, 1, 8— la autoridad constituía el más débil de los argumentos (*infirmissimus*).

A mí me parece muy sensato y muy necesario que reconozcamos que casi todas nuestras informaciones nos han venido de otros. ¿Qué sé yo, si no es por haberlo oído decir? La ventaja de los escolásticos es que ellos procuraban discernir *en qué sector*, en qué medida los autores merecían crédito, en vez de plegarse ante cualquiera en cualquier tema; en vez de tomar, por ejemplo, a Jacques Monod como competente acerca del problema de la existencia de Dios...

El tema de la autoridad (o de la *auctoritas*) ocupó así un espacio capital en la jurisprudencia romana, y en el derecho romano transmitido a Europa.

165. 3.° POSICIÓN DE LA CAUSA. Lo primero que se necesita en toda disputa organizada es plantear el objeto del debate, la cuestión, el problema. Todas las obras de retórica (pues varias de estas reglas fueron comunes a la dialéctica y a la «retórica», en sentido amplio), subrayan la importancia de la tarea: *ponere causam.* Ejemplos: ¿El razonamiento jurídico es de tipo científico, o no? ¿En qué consiste el derecho natural?

Nuestras conversaciones habituales apenas si tienen tema, a menos de que estén centradas sobre una finalidad práctica, o son meras disputas sobre *palabras.* En las disputas de los filósofos de la escuela realista, la causa que se ha de plantear ante todo, es una «cosa», una realidad. Pues una verdadera discusión dialéctica debe versar sobre lo real (*to pragma*) y no sobre la palabra (*to onoma, Top.* 108 a). Los juristas interrogan sobre causas, sobre asuntos reales (*res de qua agitur*). Pero más tarde los dialécticos se confinaron en el mero discurso. Y ello fue la ruina del método.

El objeto es contemplado, sin duda, desde un ángulo particular: cabe apuntar a su definición, su esencia, sus cualidades, su estado, sus relaciones con otras cosas. La *Topica* llega a clasificar las especies de las causas. Y nace así el «*problema*», constituido por el choque de dos proposiciones, afirmativa y negativa, referentes a esos objetos.

Que a una discusión bien llevada le haga falta un tema definido, debería caer de su peso, y si aconteciera que los oradores aportaran textos, argumentos o frases que salieran de ese marco, que fueran *irrelevantes* para el tema, la regla sería la de apartarlas por un *no ha lugar.*

166. 4.° DE LA ARGUMENTACIÓN. A cada cual le toca jugar: atenerse a su papel, desarrollar su propio punto de vista y defenderlo, como en una competición se pide a cada jugador que busque su victoria personal.

Momento de la *argumentación.* Las obras de retórica o de dialéctica filosófica (*Tópicos* de Aristóteles) contie-

nen una *técnica de argumentación* que los trabajos de Ch. Perelman han vuelto a situar en el orden del día. Implican amplias exposiciones sobre la *invención*, el descubrimiento de argumentos importantes para el tema, clasificados en diferentes cajones, reunidos en «almacenes» y en «sitios» preparados de antemano. El objeto principal del libro de los *Tópicos* aristotélicos parece ser el de suministrar una técnica de argumentación.

Se sabe que Cicerón trabajó en transcribir para uso de los jurisconsultos los *Tópicos* de Aristóteles (al menos ese era su propósito confesado —pero en realidad su obra tiene pocas relaciones con el libro de Aristóteles que nos ha llegado bajo este título).

Por descontado que en el debate, cada una de las partes, al argumentar, se servirá de la lógica de la deducción; y tratará de *demostrar* su tesis partiendo de las autoridades o de las opiniones aceptadas por su adversario. Existe, según Aristóteles, un «silogismo dialéctico», que se distingue del «científico», porque está fundado sobre opiniones discutibles y premisas inciertas; y de ahí la insuficiencia de sus resultados.

167. 5.° Barullo de opiniones. Pero nada se comprendería de la dialéctica si sólo se considerasen en ella los alegatos *separados* de cada uno de los partícipes, tal y como a ello suele limitarse la mayoría de los comentadores, basándose en el arte individual de la *persuasión.*

Su objetivo es conciliar, superar las divergencias, alcanzar una verdad común, y hacerlo por la *discusión:* mediante las técnicas de la interrogación y de la respuesta, de la *refutación*, practicada en las escuelas de filosofía, y que es de gran interés para los lógicos (porque allí son descubiertas las faltas de lógica).

Un texto de los *Tópicos* (I, 13 y s.), que volvemos a encontrar en Cicerón, transcrito para el uso de los jurisconsultos, enumeraba los instrumentos (*organa*) propios para la investigación dialéctica. Sobre cada cuestión, el dialéctico ha de aprender a transportarse a los *lugares* o

puntos de vista diversos, desde los cuales «habrá de ser» considerada la cosa. Tal parece ser, al menos, el sentido *etimológico* y primero[1] de la palabra *topos* —en latín *locus* (metáfora espacial). Cada «lugar» es fuente de argumentos: hay todo un arte del *«descubrimiento de las premisas»*.

Mediante otros instrumentos de la dialéctica, se perseguirán «las ambigüedades», se distinguirán los diferentes sentidos de los cuales es susceptible un mismo término, pues, en efecto, la mayoría de las contradicciones provienen de las ambigüedades del lenguaje. Se tomará nota tanto de las «diferencias» (y de ahí derivará la distinción de las especies), como de las «semejanzas» (y de ahí provendrá la definición de los géneros). Estamos ante un arte de *distinguir:* los jurisconsultos forjarán el derecho por sus constantes distinciones.

Pero también una tarea de *semántico* (*Top.* 105, b y s). Una de las funciones de la *Tópica* es la de proveernos de medios para esta ciencia que los escolásticos (y las obras de Sto. Tomás son un maravilloso ejemplo de ello), con la ayuda de la lógica de Aristóteles, manejaron con tanto virtuosismo.

¿De qué se trata? De perseguir la adecuación de las *palabras* a las *cosas:* de buscar su mutuo acuerdo. El razonamiento dialéctico no es, como los sistemas idealistas, un mundo de palabras, cerrado sobre sí mismo. El dialéctico parte de diversos puntos de vista para lograr cerner la cosa. La *cosa* es el punto de mira de la operación; uno, al través de la diversidad de fórmulas contradictorias, se esfuerza por obtener su inteligencia y su intuición, en la forma menos incompleta, y en definitiva[2] sirve de árbi-

1. Pues de las varias acepciones que ha tenido ese término la mayoría de los intérpretes olvidan este sentido originario, no obstante estar atestiguado por varios de los textos de Aristóteles.

2. Carácter este que también suele ser mal entendido por muchos intérpretes modernos. Y es porque en los «*Tópicos*», que versan por encima de todo sobre el arte de la argumentación y sobre el silogismo *dialéctico,* no está puesto de relieve.

tro. Para convencerse de ello, basta con leer cualquier página de Aristóteles.

168. 6.º «CONCLUSIONES». Cuando el diálogo llega a su término, nos dotará, dice Aristóteles, con definiciones (*oroi*)[1] de la cosa que se discutía. Definiciones dotadas de cierta generalidad: una fórmula fijada por escrito no es adecuada a su objeto (es decir verdadera) sino cuando dice de las cosas lo que también existe en ellas de estable y de universal.

Claro que hay muchos diálogos que no concluyen en absoluto. ¿Y no es precisamente el fatal destino de la dialéctica, este de quedarse en la incertidumbre, tras haber partido de unas opiniones inciertas? Sócrates solía abstenerse de concluir, y, a veces, también lo hacía Platón: tras él fue signo de la escuela de la Academia (*Arcesilao* o *Carneades*) este de detenerse en el escepticismo, y de complacerse en él; típico lujo de una élite desencantada...

También acaecía que Aristóteles dejase que una discusión desembocara en una «aporía», con lo cual el problema quedaba irresoluto. Y sin embargo, su dialéctica, para no quedar estéril, se esforzaba normalmente por *concluir*. También los razonamientos de los jurisconsultos habrán de llegar siempre a una solución. ¿Cómo alcanzarla?

Poniéndole fin en el momento necesario: todo diálogo dejado a sí mismo jamás terminaría. Podrán lanzarse a debate nuevos argumentos u otros puntos de vista. El diálogo amenazaría así con hacerse interminable. Y sin embargo, hay que salir de él.

En las cuestiones disputadas de la Escolástica, le corresponde al *maestro* el papel de *cerrar* (*concludere*): no se trata de concluir un silogismo sino del cierre de un

1. Notemos que la definición (*oros*), tanto como la conclusión de la controversia dialéctica puede estar en su *principio* (*Top.* 101, b). Pues si las conclusiones dialécticas son inciertas podrán volver a ser discutidas en una controversia ulterior.

debate. Entre los juristas, este será el papel del legislador o el del juez.

Nadie se hará ninguna ilusión sobre el valor de los resultados. A lo largo de todo este proceso que lleva a la conclusión dialéctica, la de las «autoridades», en las cuales no habrían de intervenir más que criterios *cualitativos*, no científicos, ni rigurosamente mensurables. La misma elección del maestro de juego, al cual le corresponde cerrar la investigación, por una decisión que es *discrecional*, pero no gratuita, y que está preparada por el debate que, en el marco de un procedimiento reglamentado, ha recorrido todos los diversos aspectos de la cosa disputada, ha suministrado así la perspectiva más alta y más completa (*supra* § 39 — «el justo medio») que quepa obtener de ella provisionalmente en un grupo.

La dialéctica junta en un único cuerpo esos dos momentos: el diálogo y la decisión. Esa misma dialéctica morirá cuando ambos lleguen a disociarse. Pues entonces el diálogo dejado a sí mismo, sin orden y sin fin, parecerá estéril, o incapaz de llevar otra cosa que a esa negativa a concluir de los sectarios del *escepticismo*. Mientras que, si se las quitan sus motivos, las decisiones llegarán a ser fruto de la pura *arbitrariedad* de las autoridades. Así se explicará la eclosión —especialmente en Hobbes, a comienzos del siglo XVI— del positivismo legalista.

169. UN ARTE DESAPARECIDO. No hemos dado más que un esbozo del antiguo arte de filosofar. Pero este método ha caído en desuso. Al menos, ya no se enseña.

Los modernos lo han abandonado, lo han postergado a otros «modelos» de razonamiento: modelos de las matemáticas o de las ciencias experimentales. Nuestro mismo lenguaje se aparta de él, y ya no dispone de vocablo alguno para designarlo. Pues la palabra *dialéctica* fue confiscada para otro uso; y la de *lógica*, en el lenguaje contemporáneo, ha cesado de incluir el método del diálogo. La cultura de hoy desprecia y deja así de enseñarnos una técnica que antaño se tuvo por indispensable.

CAPITULO III

RUDIMENTOS DE UNA LOGICA JURIDICA

¿Nos hemos apartado del derecho al ir a recuperar esa lógica perdida? Probablemente no, si se trata del arte jurídico tradicional, nacido en la época de la *conjunción* de la práctica judicial romana y de la cultura teórica griega —cuando las escuelas de Retórica transmitían en Roma los productos de los filósofos griegos. Los inventores del nuevo arte que se llamó «*jurisprudencia*» —el «derecho civil» romano es la obra de los «prudentes»— imitaron el método filosófico griego acomodándolo a sus propias necesidades.

No encontraremos bajo su pluma la palabra dialéctica: tampoco entraba en su designio tratar de lógica. Pero había una conveniencia entre el método de los filósofos y el propósito de los jurisconsultos romanos, y podremos comprobar que los inventores del derecho romano siguieron de hecho ese modelo. Para terminar nos preguntaremos si acaso no debiera hacerse lo mismo también hoy.

Artículo I

DIALECTICA Y DERECHO

Nada había que fuera más apropiado a las necesidades de los jurisconsultos que el método del «diálogo»

en el sentido de Aristóteles. Por otra parte, quizá pudo haber nacido de la experiencia del derecho, antes de que los filósofos lo manejasen y antes de que lo hubieran llegado a analizar y lo mismo sucedió también con la Escolástica, según hace observar A. Giuliani («El carácter jurídico de la Lógica medioeval») y S. Toulmin.

El derecho apareció primero bajo las especies del litigio: sobre el estrado judicial en donde sucesivamente eran escuchadas una y otra parte —en el tribunal del Areópago (*supra* § 142)—. *Audiatur et altera pars,* fue la condición misma de toda justicia. La cuna del derecho fue la *Retórica.* Pero deliberadamente hemos preferido la palabra *Dialéctica,* que está más cerca de las gestiones de los jurisconsultos.

Entre el trabajo de los filósofos de la Escuela del Liceo y el de los juristas, hay dos rasgos comunes. El más patente es la impotencia en que se encuentra el derecho para llegar a soluciones científicamente demostradas. Pero también hay este otro, menos conocido: la jurisprudencia implica un esfuerzo hacia la *verdad,* bastante análogo al de la filosofía.

El razonamiento jurídico ofrece un carácter *teórico.* De ahora en adelante utilizaremos la palabra teoría en su sentido etimológico: no ya de un razonamiento coherente puesto en forma axiomática, sino de ojeada lanzada sobre las cosas.

A) *Que la Jurisprudencia es obra teórica*

Afirmación paradójica. Es manifiesta la diferencia entre el oficio de filósofo y la práctica de los jurisconsultos, que sirven de *mediadores* en el proceso y se dedican a llevarlo hasta su término. Su función era la de aconsejar a tal o cual parte en el proceso, guiar su acción, resolver consultas (oficio que todavía gustan de hacer hoy muchos de nuestros colegas), a la vez que aconsejaban a los magistrados, a los *pretores* que organizaban el debate, y también a los jueces: sus dictámenes

servían para dar una solución a cada asunto, pero no para filosofar.

170. Del indicativo jurídico. Sin embargo, su trabajo es descrito en el *Corpus Juris Civilis,* como una tarea de *conocimiento.* Ya insistimos en ello en nuestro primer tomo. A diferencia de las fórmulas del derecho arcaico que tenían un carácter práctico, y desempeñaban una función mágica configuradora, creadora (*Ita jus esto* lenguaje que era vida y acción, y que al incorporarse al movimiento general del mundo, no lograba distanciarse de los objetos), el razonar de los jurisconsultos revestía una forma *indicativa:* ¿cuál *es* la parte de cada litigante? Las proposiciones jurídicas no tienen como función el prescribir una *conducta* hacia un fin determinado. Se les pide que definan la consistencia de una relación justa. El derecho es algo que se *dice* (*jus dicere, juris - dictio*) (§ 38 y s.).

El razonamiento jurídico tampoco tiene por objetivo *persuadir,* que es a lo que tiende la retórica, en su sentido estricto (como arte de los abogados). La persuasión depende todavía de la esfera de la práctica, es *acción,* despliegue de medios al servicio de *fines;* todo litigante tiene su propio fin, y pone sus esfuerzos en hacerlo triunfar. Mientras que la jurisprudencia —(*rerum notitia - justi atque injusti scientia,* D 1.1.)— es primero obra de *conocimiento,* de potencia cognoscitiva (*vis cognoscitiva*), como dirá Sto. Tomás.

171. Condiciones para que exista el derecho. Yo creo que estas fórmulas están llenas de sentido, y que en ellas se encuentra el secreto de la invención romana del derecho.

Pues si el derecho no fuera más que un altercado entre abogados, si cada cual permaneciese ligado únicamente a la consecución de sus fines, la empresa sería desesperada. Lo comprobamos en los asuntos interna-

cionales, en los que no existe más que un comienzo de derecho.

Israel tiene unas pretensiones rigurosamente contradictorias con sus vecinos árabes. Ahora bien mientras Israel, Egipto y Siria sigan guiándose cada uno por su propia política, todo lo que la diplomacia podrá hacer entre ellos es lograr algún *compromiso* provisional. No habrá otra *solución,* que la fuerza.

No hay ninguna esperanza de poner de acuerdo a los hombres «*comprometidos*» —marxistas y secuaces del capitalismo— y ese es, en su punto de partida, el caso de los litigantes antagonistas. En cualquier pleito por accidente de circulación, el interés del automovilista se opone ineluctablemente al del peatón atropellado.

La solución consistió en cambiar de registro: en *trasponer* el combate retórico, en lid *dialéctica* en el sentido griego de persecución colectiva de la verdad (mientras que la dialéctica de Marx —fuerza activa, combate sin cuartel— es la ruina, la pérdida del derecho). Pues aunque los fines prácticos nos separan, la busca de la verdad es un fin común, un campo de encuentro entre partícipes, que inicialmente poseen opiniones diversas, pero que convendrán en ponerse de acuerdo, una vez que hayan obtenido sobre la cosa una visión más amplia y reconciliadora. Para superar el conflicto, para resolverlo, el jurista ha de transportarse (provisionalmente) al plano de la investigación desinteresada.

Novación pues de la controversia. Y que, por parte de los jurisconsultos, creadores del *jus civile,* necesita de una *conversión:* la suspensión de la vida activa (poniendo entre paréntesis esos fines a los cuales se ordena la actividad). En Roma, lo propio de la jurisprudencia fue el convertirse ya que no por completo en una «ciencia», sí es una tarea de *conocimiento.*

Claro que orientada hacia la práctica: nuestro intelecto puede ejercer su capacidad de conocer, o en el sólo interés de la ciencia, o bien para «el uso práctico», como en la moral. Y en el derecho. Pues Moral y Derecho

son, primariamente, un asunto de *verdad.* (*Etica* de Aristóteles —libro VI sobre las virtudes intelectuales).

172. LOS JURISCONSULTOS COMO SUCESORES DE LOS FILÓFOS GRIEGOS. Para eso sirvieron los «jurisprudentes». La ventaja de Roma sobre Grecia fue que existiera entre los romanos una corporación de jurisprudentes. No eran, como los abogados, los servidores de los litigantes; eran también «sacerdotes de la justicia» (D. I,1,1.1.). Su tarea no consistía sólo en poner un término a tal o cual litigio particular. Se les pedía que aportasen soluciones justas: aplicables a casos semejantes, y que tuvieran valor universal, valor de *verdad.* Que produjesen definiciones y reglas *generales* de derecho. Así fue creado el derecho romano.

Ellos fueron los sucesores de los filósofos griegos. La investigación dialéctica de «lo justo», de lo que es una solución justa, la habían emprendido ya en Grecia los filósofos. Y, más particularmente, en ese sector de la investigación fue en el que Aristóteles había recomendado recurrir a la dialéctica: y antes que él, lo había hecho Platón (*Antiphron*). El derecho romano tuvo sus órganos especializados, más eficaces, pero que recogieron la herencia filosófica griega. Pero la semejanza del derecho con la filosofía no se detiene ahí.

B) *La Jurisprudencia no es científica*

Si efectivamente hubo un campo en el que pudo practicarse el método de la controversia a ejemplo de los griegos, ese fue seguramente la jurisprudencia.

173. DIFICULTADES DE UNA CIENCIA DEL DERECHO. Habíamos observado ya que el derecho repugna el ser tratado científicamente, todavía más que la filosofía. Los filósofos han llegado a sólidas definiciones; por ejemplo, la de la naturaleza del «hombre». Que «el hombre» sea

«mortal» es poco discutible; y sobre ello podrían constituirse silogismos científicos. Han descubierto algunas definiciones que todavía se mantienen, acerca de *lo que son* «la justicia» o el «derecho».

Pero cuando se trata del contenido de las soluciones de derecho (del «*quid juris*», oficio del jurista), se cae sobre arenas movedizas. Y así cuando los fundadores de la ciencia del *jus civile* perfilaron el cuadro del derecho de las personas (ciudadanos romanos), otros (los extranjeros, los *peregrini*) afluyeron a la ciudad romana. El estatuto del hijo de familia se liberalizó. Y surgieron nuevas especies de contratos, de cosas, o de acciones. Ninguna definición se mantuvo; y cada proceso particular pudo ponernos ante una situación nueva.

Otra dificultad: los juristas tienen que determinar «lo justo» (§ 33 y s.): es decir, la buena proporción en el reparto de los intereses de los ciudadanos: objeto que cada uno de nosotros no acepta más que bajo un aspecto parcial, porque estamos cada uno interesados en él desde nuestro punto de vista personal.

Todo proceso nos ofrece la prueba de ello. He visto demostrar recientemente en el CNRS, con gran acopio de estadísticas, de sondeos de opinión, y de encuestas sociológicas, que los obreros y los patronos tenían ideas diferentes sobre los accidentes de trabajo. Nadie lo hubiera dudado.

174. EL DERECHO COMO MATERIA DE DIALÉCTICA. No hay *ciencia* de lo justo, tanto en el sentido de ciencia deductiva (puesto que no tenemos premisa sobre la que fundarla), cuanto en el de ciencia positiva experimental. No hay ciencia del derecho, sino *prudencia* (*phronesis*) aplicada al derecho. Lo cual no es, en absoluto, excluir todo método: habría que renunciar a comprender el funcionamiento de la doctrina clásica del derecho natural, y su pretensión de descubrir unas soluciones jurídicas *justas*, si no nos acordásemos de que los clásicos disponían de una «segunda lógica».

Lo justo es una *relación* que a cada parte interesada le aparece de modo parcial, unilateral; sobre lo cual no existen al principio más que unas *opiniones* divergentes; lugar por excelencia de la dialéctica.

Artículo II

EL EJEMPLO ROMANO

Sobre el método de los juristas romanos, se podrían citar muchos doctos y recientes estudios de romanistas, aunque faltos, a nuestro parecer, de dimensión filosófica. Pero al menos ya no representan al derecho romano como un sistema, sobre el modelo de la dogmática pandectista.

El derecho civil romano, tal y como tomó forma hacia el final de la República, no había salido de la boca de un dios, igual que Minos aportó su legislación a Creta. Y que Numa Pompilio o que los Decemviros hubieran sido sus fundadores es una explicación mítica.

En el Digesto se halla este significativo pasaje de Pomponio (D. I. 22.12): el derecho civil «propiamente dicho» es obra de los prudentes, resultó de su trabajo de «interpretación», y tiene su origen en la ausencia de todo texto escrito (*Proprium jus civile quod sine scripto in sola prudentium interpretatione consistit*). El derecho civil es primero una obra *jurisprudencial.*

Los jurisprudentes, a imitación de los filósofos griegos, aparentaron fundar unas «escuelas» (Proculeyanos y Sabinianos). Más arriba dijimos que formaban una élite de gentes cultivadas y que disponían de holgura material, una casta relativamente cerrada (§ 163) cuyos pareceres se beneficiaban de una «*auctoritas*» (§ 164). Primera condición necesaria para que haya un *derecho:* que la justicia no sea dictada en la vía pública, impuesta por manifestaciones, o por el poder *político.*

Comentemos las principales frases de esta cuasi-dialéctica (que en Roma abarca también, si se toma en sentido amplio, la palabra Retórica).

175. 1.° PONERE CAUSAM. Su trabajo se efectúa sobre *casos* (método «casuístico», vigente todavía en los países del *Common Law*): ya fueran casos litigiosos reales, ya casos escolares (§ 165). El caso debe ser *definido;* ha de plantearse la cuestión que se debate; en el procedimiento formulario, el pretor definía el litigio (la pretensión de un demandante, contestada por otra parte, y que era el asunto que el juez había de tratar) en la parte de la fórmula denominada *intentio,* con término tomado de la Retórica.

Sobre este asunto no hay obra más instructiva que la tesis de Yan Thomas sobre la *causa.* Este término ocupa un lugar central en el lenguaje jurídico romano: las causas son «cosas»; realidades (Cicerón las califica de *res*), concebidas en función del litigio, captadas como objeto de discusión, como cuestiones que han de debatirse. Se enuncian en modo indicativo. Pues la jurisprudencia transpone los conflictos prácticos en problemas especulativos (§ 171).

Una primera especie de cuestión es la que Cicerón llama *quaestio juridicialis* en la que se interroga uno sobre la cualidad del objeto litigioso: si es *justo* (*an sit justum*). Cuestión llamada de «*género*»: porque «lo justo» es una noción general, común a varias especies. Por esta cuestión todavía vaga, indeterminada («*infinita*») tuvo que comenzar la ciencia del derecho.

De la causa general, se distinguen las causas «nominadas», o problemas de definiciones (*causae finitae*) ¿es que ese hecho del cual se discute, y sobre el cual versa el proceso, puede ser calificado de robo *(causa furti)?* ¿Es que ese asunto, ese contrato, ese negocio (Cicerón alinea este tipo de causas bajo el nombre de *causa negotialis*) constituye un préstamo, una venta, una estipulación? La condición de la persona sobre la que se discute

¿es libre o es servil? ¿El asunto se asemeja a tal o a cual especie ya definida?

La lista de las causas podría así multiplicarse hasta el infinito. El término es apto para designar todas estas situaciones en las que pueden ser comprometidas las cosas, personas y litigios, porque todos ellos forman otros tantos temas posibles de controversia. En Roma el lenguaje jurídico nace de la dialéctica.

176. 2.º CHOQUE DE OPINIONES. Una causa jurídica no se trata por vía deductiva. En un proceso se confrontan *opiniones.* La primera regla es la de entender a una y a otra parte.

Para un juez es una injusticia el no preocuparse más que del criminal, y el hallarle excusas con el concurso de los psiquiatras, sin prestar oído a las víctimas —aunque también es frecuente la actitud contraria—. Lo propio del jurista es el atender a *todos* los puntos de vista.

La jurisprudencia romana se forjó mediante repetidas *discusiones,* en las que también eran cotejadas las autoridades: las opiniones de Celso, de Juliano, de Labeon, las tesis de las escuelas de los *Sabinianos,* las de la escuela de los *Proculeyanos,* etc... Se alegaban el Edicto del Pretor, los senadoconsultos, las leyes propiamente dichas, las constituciones imperiales. Se apelaba a la equidad, a la utilidad, a las ideas generales recibidas en el mundo romano o entre otros pueblos, y con frecuencia a la «naturaleza de las cosas». Se refería uno a las «costumbres» romanas, a la realidad social. Y se controvertían todos estos argumentos.

Un género de esta literatura es el de las «cuestiones», «problemas», «disputas» (*disputationes*). E incluso cuando el jurisconsulto se aferra a un texto (la ley de las XII Tablas —el edicto del Pretor— una constitución imperial), allí mismo abría otras *cuestiones,* al modo dialéctico.

No bastaba con considerar cada alegato aisladamente, como con ello se contentaba la *retórica.* La obra era co-

lectiva, cada litigante no tenía en ella más que un papel, y el objetivo era el de superar las contradicciones. Se empleaban para ello los «instrumentos» —*organa*— de la dialéctica: crítica del lenguaje, de sus ambigüedades, descubrimiento de un lenguaje concreto, que procuraría una intuición menos incompleta de la causa.

177. 3.º CONCLUSIONES. Según los *Tópicos* de Aristóteles, la dialéctica debía conducir a unas definiciones (*oroi*). Los juristas romanos produjeron también *definiciones:* el jurisconsulto Labeon, un libro de *oroi.* Todas las «causas nominadas» —*furtum, libertas,* pago de lo indebido, etc... cuyo abanico forma el esqueleto del lenguaje jurídico romano— fueron otros tantos conceptos con sentido bien determinado, alrededor de los cuales podía ejercerse el género de la «definición» (§ 175).

Casi sinónimo de definición era en Roma el término de *regla: regulae juris.* La regla expresaba la especie de cosa de la que se trataba en el proceso —*Regula est, quae rem quae est breviter enarrat* (D. 50.17.1). Era *general.* No había arte del derecho sin invención de reglas generales, sobre las cuales pudiesen apoyarse las sentencias de los jueces.

Las definiciones y reglas no alcanzarán una verdad *absoluta. Omnis definitio in jure periculosa est. Parum est enim ut non subverti posset* (D. 50.17.202): «toda definición jurídica es aventurada; pocas de ellas hay que no estén sujetas a ser derrocadas» en un debate ulterior. La regla de derecho es análoga a la definición de una causa: tiene el riesgo de que esté «viciada» y que resulte así inutilizable: *Regula quasi causae conjectio est, quae, simul cum in aliquo vitiata est, perdit officium suum* (D. 50.17.1). Por no haber sido demostradas *científicamente,* las «definiciones» y las «reglas» no gozaban pues, más que de una «autoridad» discutible, que dependía de la cualidad de su autor (§ 168). Sacaremos las consecuencias de ello al final de este libro.

Artículo III

EXILIO Y RETORNO DE LA DIALECTICA

¿Qué piensa de ello el lector? Desde el final de nuestro título primero, hélo ahí frustrado, pues no le hemos hablado sino de una técnica abandonada desde el comienpo de la época moderna.

178. EL DIVORCIO. La aversión por las controversias y la incertidumbre de la dialéctica se abrieron camino desde el siglo XVI en una de las ramas de la «jurisprudencia humanista» —en la cual se elaboraron los primeros sistemas didácticos ordenados del derecho. Y de un modo diferente, en las obras de la escolástica española (cf. nuestro artículo A. P. D. 1976, p. 215).

Poco después, el mundo sabio cedía a la fascinación del modelo *científico* de Euclides, llamado *geométrico* (*mos geometricus*). Ya en los Prolegómenos de su «Tratado de la guerra y de la paz», Grocio anunció que él transplantaría al campo del derecho el orden de los matemáticos (cf. E. de Angelis, *Il metodo geometrico nella filosofia del seicento*, 1967, Röd, *Geometrischer Geist und Naturrecht*, 1970).

Ya no se miró sino hacia Galileo, hacia el método de la Física moderna, «*resolutiva-compuesta*»: ella reduce primero la realidad, por vía de *análisis*, a simples ideas —luego construye *síntesis* que también revestirán forma deductiva. En ella se inspira el sistema de Hobbes, y los de Pufendorf, Domat, Leibniz, Wolff, etc...

Prevaleció entonces en el derecho la «*lógica de la demostración*». Por reacción, se regresó a los hechos. Nuestras doctrinas más recientes han renunciado a fundar el derecho de modo racional. Quieren que el derecho sea el efecto de la persuasión *retórica*.

¿Pero quién piensa en sacar del olvido la antigua *dialéctica* de Aristóteles?

179. Hallazgos. Nos arriesgamos a ello, porque es la única que da una idea completa, y no parcelaria, del razonamiento jurídico.

En el curso de la historia, desde Roma, ha acontecido que los juristas han producido tanto, una tal abundancia de reglas, que todos esos frutos enmascaran el árbol y su savia nutricia. Los modernos tuvieron obturada la vista por esos *resultados*, que son las leyes a las que identificaron con el derecho. Pero la dialéctica había tenido el mérito de abarcar todo el proceso de la constitución del derecho, al cual tomaba desde sus orígenes hasta sus efectos, hasta la invención y el uso de los textos. Por eso la dialéctica tiene para nosotros valor de síntesis; de término medio entre los excesos del formalismo jurídico y el nihilismo de sus adversarios.

1.º El modelo lógico dibujado en los *Tópicos* de Aristóteles y recibido en el derecho civil romano, no entraña la renuncia a la lógica demostrativa.

El razonamiento deductivo, que enlaza *verticalmente* una premisa con su conclusión, se ejerce en la dialéctica. Ya en la argumentación, donde cada abogado, basándose en opiniones todavía discutibles, forma unos «silogismos dialécticos». Y su papel crece cuando la investigación llega a su término, que es la producción de reglas generales. Desde entonces podrán ya constituirse, tomando como premisas estas reglas, unos fragmentos de sistemas deductivos, un comienzo de *ciencia* del derecho; la jurisprudencia romana accede en cierta medida a ese nivel de la ciencia, sobre todo en las obras destinadas a la enseñanza, por ser costumbre de la antigüedad la de asociar ciencia y «didáctica»; ciencia es lo que puede ser *enseñado* con esa comodidad que asegura el orden de la deducción, y darse a los alumnos como cierto.

En la jurisprudencia hay una cierta *cientificidad*. La dialéctica, lejos de excluirla, tiene la vocación de llevar

hacia ella. Es así la puerta de la ciencia y de la lógica científica, puesto que no tiene como finalidad la persuasión puramente retórica, sino el conocimiento de verdades de carácter general.

2.° Contrapartida: estas deducciones sólo actúan sobre un fondo de controversia; están subordinadas al ejercicio de la controversia. Pues las reglas han nacido primero de las controversias —lides *horizontales* de opiniones— y luego del diálogo, de ello se sigue que las reglas así constituidas no tienen verdad cierta, sino tan sólo una *autoridad* muy relativa, muy provisional. Jamás harán nacer ningún sistema completo ni definitivo. Su suerte es precaria, pues están amenazadas de volver a ser cuestionadas y rediscutidas dialécticamente.

Este modelo lógico tenía el mérito de reunir y de ordenar en un solo concepto el total de las operaciones intelectuales del jurista.

3.° Pero si hemos empezado por un vislumbre de la lógica jurídica tradicional, es porque de ella deriva la respuesta a otra cuestión no menos disputada. Hemos visto que la dialéctica es una tarea de conocimiento. ¿Conocimiento de qué? La noción de la dialéctica nos va a ofrecer la llave del problema de las *fuentes* del derecho.

TITULO SEGUNDO

LAS FUENTES NATURALES

Bonum est in re

CAPITULO I

LA ALTERNATIVA DE LAS TEORIAS CONTEMPORANEAS

180. LAS DOS FUENTES DE RAZONAMIENTO JURÍDICO. La lógica no basta. Si los lógicos se contentan con trabajar sobre símbolos, y la retórica sobre meras palabras, no hay razonamiento pleno que no esté anclado en una *cosa*, que nuestro intelecto empieza por percibir en el seno de la realidad. Sto. Tomás lo recuerda en varias ocasiones: *omnis ratiocinatio incipit ab intellectu* (*Et terminatur ad intellectum*). Llega el momento de partir en busca de las *fuentes* reales del derecho.

Tal vez esta palabra está mal escogida: nos ha venido de Cicerón, el cual en sus obras de moral estoica, habla del derecho con la imagen de un río, cuyas fuentes habrían de explorarse. Imagen que no conviene a todos los sistemas. Pero si uno se empeña en conservar, más vale conservarla para los principios *originarios* de los cuales sale el derecho, y que llamamos *transpositivos*. Por desgracia, yo no he encontrado sobre este capítulo, en la doctrina contemporánea (§ 137), más que unas contradicciones insolubles. Que son consecuencia de una filosofía.

La ontología de los modernos es dicotómica. Descartes dividió el mundo en dos categorías de «substancias»: la materia inerte y el espíritu. De lo cual derivó otra gran escisión, pues Kant separó rigurosamente de las realidades existentes o *hechos* tales como son, que estudian las ciencias teóricas, al *deber* ser, al ideal que se asienta en

el espíritu y que procede de nuestra Razón. Y el jurista Kelsen desde el comienzo de su Doctrina del derecho, afirma así, como si fuera obvia, la oposición del ser al deber ser (del «*Sein*» al «*Sollen*»).

La educación filosófica que hemos recibido fuerza a situar las fuentes del derecho en una u otra de esas regiones. O bien el derecho sale de la *Razón*, que nos prescribe un deber-ser, o la inducimos de los *hechos* tales como son.

No es que sea impensable una mezcla entre esas dos especies de principios. Pero para que la doctrina no claudique, uno u otro predominará.

Artículo I

FUENTES IDEALES

Expongamos en primer lugar, la doctrina más ortodoxa. Un dogma sobre el cual coincide la mayor parte de la opinión es que el derecho sería por esencia una «ciencia *normativa*»; tendría como materia normas, o «reglas de conducta», cuyo papel es el de regir los hechos, en nombre del ideal. Habrá, pues, que atribuirles una fuente *espiritual;* el espíritu del hombre que está vocado a mandar en la naturaleza. Concepción, pues, imperialista: el derecho viene de lo alto, de la Razón, o de los «proyectos» que ha podido forjar de modo más o menos razonado la imaginación de los hombres: en total, de su voluntad. Tal es el origen de los textos, y de los textos se deduciría el derecho.

Sin duda la mayoría de los teóricos se guardarían de exteriorizar esta filosofía de las fuentes. Pero está en su subconsciente. Pertenece a ese fondo de principios generales depositados en nosotros por la educación, padecidos más que pensados, pues solemos pensar muy po-

co por nosotros mismos. Nuestra inconsistente filosofía es así una herencia. Para esclarecerla nos hace falta remontarnos a sus orígenes. Aquí resulta imposible desdeñar la historia.

¿Qué historia? No creemos que esta concepción venga de Roma; al menos fue extraña a los juristas romanos. No cabría comprender las causas de la doctrina idealista de las fuentes del derecho, todavía reinante, si se olvidase que las escuelas teológicas de la Edad Media fueron la cuna de la cultura de la Europa moderna (*supra*, § 54).

181. La Palabra divina. ¿Cómo resumir el espíritu de los estudios y la especie de cosmovisión que prevaleció en las que primero fueron escuelas monásticas, y luego Facultades de teología? La fuente primera de toda doctrina, la única verdadera Luz, tenía que ser la *Palabra* de Dios que ha creado el mundo y que ha revelado una parte del pensamiento que El tiene sobre el mundo —por los profetas y por la Escritura—. Toda nuestra vida debe ser escucha de la Palabra de Dios y la teología se convierte así en la rectora de los estudios.

Lo cual puede valer también para el derecho (sumergido entonces en la moral). La tendencia del mundo clerical, único detentador de la cultura, fue la de reconocer como fuente del derecho a la *Torah* bíblica y a los Evangelios: de ahí la prohibición de la usura o de las guerras privadas, la fuerza de los juramentos en el derecho feudal y del contrato consensual en el primer auge del comercio, la consagración de los reyes, etc... El Emperador y los Reyes, investidos por Dios de su poder, estarían encargados de hacer cumplir el Derecho Bíblico y de completarlo (§ 57).

Examen crítico. Esta tentativa tenía que abortar. Nadie ha denunciado su carácter impracticable mejor que Sto. Tomás en sus cuestiones sobre las *leyes divinas* (la IIae qu.98 y s.). Verdad es que todo orden —comprendido ahí el orden jurídico— procede del pensamiento

divino; de la armonía introducida por Dios en su creación —del Plan por el cual estarían ordenadas nuestras conductas a través de la historia, por Dios omnipotente, infinitamente sabio—. ¿Qué cosa mejor se puede proponer a un hombre sino que siga la ley de Dios? Pero el problema es el de llegar a su conocimiento, aunque este conocimiento nos venga exclusivamente por el canal de la Sagrada Escritura revelada.

¿Es la Biblia una fuente de derecho? Por lo que toca al Antiguo Testamento, sin duda podríamos encontrar en ella algunos textos jurídicos. La «Ley antigua» reglamentaba el orden social del pueblo judío. Junto a preceptos rituales (o «ceremoniales») y de moral (el Decálogo), contenía ciertos preceptos que Sto. Tomás llama «judiciales» —«*judicialia*»—, cargados de un contenido jurídico: ley del talión, lapidación de las mujeres adúlteras, levirato, prohibición del incesto, institución de la realeza. Sto. Tomás, en su comentario de la ley judía, encuentra ocasión de analizar los caracteres específicos de las reglas de derecho (qu. 104, art. I) y de proponer una división de las partes de la ciencia del derecho (q. 104, art. 4 y q. 105). Pero estos preceptos jurídicos destinados únicamente al pueblo judío en un momento de su historia, tienen el defecto de haber caducado. Dejaron de estar en vigor con el advenimiento de Cristo y del Evangelio liberador (qu. 104, art. 3).

Para la «Nueva Ley» o ley evangélica (Nuevo Testamento), nosotros no dudamos, por el contrario, de la permanencia de su validez: gobierna la vida de los cristianos. Sólo que no tiene por objeto el reparto de los bienes temporales (Jesús se niega a repartir una herencia entre dos hermanos) y no se refiere en absoluto al derecho. No ofrece ninguno de los caracteres de la regla jurídica: no «está escrita» (qu. 106, art. 1) y apenas toca a las cosas «exteriores» (qu. 108, art. 2). Tampoco se encuentran en ella proposiciones jurídicas, *judicialia*. Cristo le deja al hombre arreglar los problemas del orden jurídico temporal (*relinquuntur humano arbitrio, ibid.*); es decir que el hombre proveerá a ellos por otros medios

que la obediencia de la ley divina revelada, por los medios que tiene recibidos en la naturaleza —*per sua naturalia*—. Se hace así posible la coexistencia entre cristianos e infieles.

Esto es, en definitiva, un rasgo específico del *cristianismo*. Mientras que durante mucho tiempo en el mundo judío o entre los doctores del Islam se enseña a sacar el derecho de las Escrituras Santas reveladas, la Iglesia cristiana renuncia a esta empresa, incompatible con el propio tenor de los Evangelios. Lo que no impide que la dominación de la teología sobre el derecho, a pesar de Santo Tomás, hubiera de dejar huellas sobre la doctrina jurídica de la Europa moderna.

182. LA VOLUNTAD DEL HOMBRE. Pasemos a otra filosofía, de la que no costará trabajo reconocer que no ha dejado de ser actual.

El positivismo jurídico —y la doctrina correlativa del Contrato social— surgieron en la Escolástica franciscana, y en especial en dos autores del comienzo del siglo XIV, Duns Scoto y Occam. Uno y otro son adversarios de la filosofía de Sto. Tomás, pero coinciden en reconocer con el santo que el Evangelio libera a los hombres del yugo de la ley jurídica del Antiguo Testamento.

Así, pues, la nueva ley *divina* hace a los hombres *libres:* este es el principio de los *derechos* naturales del individuo, «derechos subjetivos» o «derechos del hombre»... La teología del franciscanismo había cargado el acento sobre la omnipotencia, y con preferencia a su Razón, sobre la *Voluntad* libre de Dios: la cual delega algunos *poderes* a los hombres.

Ahora bien, en estos derechos o libertades otorgados por Dios a los individuos se va a encontrar también la fuente del derecho «objetivo». Salvo para Israel —nos dicen Duns Scoto y Occam— Dios no ha regulado nada del reparto de las propiedades ni del orden público temporal. Los reinos han nacido de la iniciativa de los hombres y de sus libertades, por su *consentimiento* a la ins-

titución del poder. Y del poder así fundado, ha nacido el reparto de las propiedades, de lo mío y de lo tuyo, el límite de los derechos positivos de cada cual, todo el conjunto de las reglas jurídicas (cf. nuestra «*Formation de la pensée juridique moderne*», 2.ª parte, p. 176 y s. y *supra* § 71 y s.).

Las fuentes del derecho según Hobbes. Esa fue la doctrina recogida por Hobbes, al cual le pertenece el haberle dado la forma de un sistema secularizado.

Aunque la teología nunca le fue extraña en modo alguno (gran parte del *Leviatán* trata de cuestiones teológicas), Hobbes quiso basar su doctrina sobre meros fundamentos filosóficos: un concepto de la esencia del hombre y del individuo, de inspiración nominalista, y la hipótesis teórica del «estado de naturaleza», en el que todos los hombres habrían sido libres (§ 77 y s.). Surge también una nueva política pues la preocupación de Hobbes, autor pragmático, fue la de servir una causa política. Pero de ella salió una teoría admirablemente ordenada de las fuentes y del método del derecho, de la cual él mismo sacó la consecuencia en el «*Diálogo entre un filósofo y un jurista del Common Law*».

La fuente primera del derecho es el concurso de las *voluntades* libres de los individuos asociados en el Contrato social. Fuente segunda y derivada, la voluntad del soberano instituido por el Contrato social. Y ya no hay que tener en cuenta en el derecho sino las *leyes* del soberano.

Sabido es el extraordinario éxito del tema del Contrato social a través de Locke, de Rousseau y de Kant, que de él propusieron diversas versiones; y su triunfo casi total, a fines del siglo XVIII en el círculo de los teóricos de la Revolución francesa, y en vísperas de la redacción de nuestro código civil. Por eso la creencia en el Contrato social forma la base, que por otra parte es frágil, del «positivismo jurídico».

Verdad es que la voluntad no significa la arbitrariedad. Igual que los teólogos podían decirlo de la voluntad

de Dios, la de los hombres será racional. Según Hobbes, los individuos sólo concertaron el Contrato social en función de su interés racionalmente calculado; a su vez, el príncipe busca con sus leyes el aumento de su poderío, y por eso mismo tiene que servir al orden y a la riqueza del reino. Y en Locke, para el cual el soberano ya no es un monarca absoluto, sino la oligarquía de los propietarios, las leyes tendrán como función la seguridad de los propietarios y la buena marcha del comercio. Existirá, pues, un arte de hacer leyes buenas y provechosas, que tendrá en cuenta las circunstancias, lo «*posible*», como dice Rousseau al principio del *Contrato Social.*

Lo cual no impide que la fuente de las leyes y el único fundamento de su autoridad siga siendo la *voluntad* del legislador. Motivo grato a Kant, adversario del utilitarismo. La ley merece ser obedecida, cualquiera que sea su contenido, su justicia «material», su utilidad, sólo en razón de su «*forma*»: porque procede de la autoridad competente, porque la voluntad competente, investida por el contrato social, de hombres *libres,* lo ha ordenado así. *Jus quia jussum.* A la ley positiva de Dios le ha sucedido el mando de los hombres.

Examen crítico. Aunque esta ideología del Contrato social siga siendo todavía el basamento de la doctrina de las fuentes de nuestros manuales, ya no hay nadie que la crea. El Contrato social es un mito; nunca ha habido libre consentimiento de todos los ciudadanos (supuesto que la cosa tuviera un sentido) en el origen de nuestros Estados.

Rousseau y Kant se daban perfecta cuenta de ello. Rousseau se contentó con imaginar, para un mundo venidero, un derecho utópico. Kant, que sabía que el Contrato social no era más que una «idea» de nuestra razón, que nunca sería efectiva, por un obscuro juego de manos, llegó a la conclusión de que es preciso obedecer al Poder establecido de hecho.

La ficción del Contrato social sirvió sobre todo para cobijar las pretensiones del Estado moderno a regentar

el derecho. Esta teoría viene a conferir una pseudo-legitimidad a las órdenes de cualquier poder (pues todos se pretenden «democráticos»), tanto a la oligarquía de la «clase burguesa dominante» como a los pretendidos portavoces del proletariado. Hágase lo que se haga, siempre habrá un partido que detente el poder político. Y la vocación del jurista es la de ser un árbitro entre todos.

El «positivismo jurídico» no fue más que una engañosa ideología. No ha de sorprender por tanto que a todo lo largo de los siglos XVII y XVIII siempre haya caminado al par de su contrario: el racionalismo.

183. LA RAZÓN. LA LEY NATURAL. Esta es otra tentativa de explicación de las fuentes originarias del derecho, no menos específica del pensamiento jurídico moderno, pero cuyas raíces se hallan también en la teología cristiana. Es otra especie de teología. Nunca somos capaces de hacernos de Dios más que una imagen incompleta. Junto a los teólogos obsesionados sobre todo por la Omnipotencia y por la libertad de Dios, otras escuelas han resaltado en El la Sabiduría, la Razón. Con sólo que uno se dedique luego a transferir a la Iglesia cristiana —o generalmente al hombre— una parte de la Razón divina, ahí tenemos el origen del *racionalismo*. En varias sectas teológicas medievales se ve apuntar así el racionalismo.

Entre los historiadores, está ya establecido que la doctrina jurídica moderna salió de una gran parte de la *Segunda Escolástica* (s. XVI y comienzos del XVII) sobre todo española: Vitoria, De Soto, Suárez, Lessius, Molina. Autores todos ellos prolijos sobre el derecho. En los seminarios católicos, su obra fue analizada como un retorno a Sto. Tomás, cuyo espíritu habrían respetado. Pero esta es una tesis discutible: en materia de derecho, Sto. Tomás había restaurado la doctrina romana aristotélica. Y los escolásticos españoles, en cuanto al fondo, habían instaurado una doctrina nueva.

Sobre todo en el tratado de Suárez: *De legibus ac Deo legislatore*. Conforme a la tradición medieval, Suárez confunde las leyes y el derecho. ¿Lo hace acaso para de-

ducir la máxima de que el pueblo cristiano vuelve a sacar su derecho de la Sagrada Escritura? ¿Y, especialmente, de la *Torah* judía? Después de la crítica de Santo Tomás —y porque las condiciones sociales y económicas de la Europa moderna nada tenían ya que ver con las del del antiguo pueblo de Israel— semejante solución queda excluida.

Uno de los rasgos característicos de la obra de Suárez es su insistencia sobre la *ley natural moral,* que Dios, según dice S. Pablo, ha «inscrito» en el corazón de los hombres, y de todos los hombres, incluso de los paganos; y que equivale para los paganos a la *Torah* revelada a los judíos. La ley natural es una parte del Plan por el que Dios ordena las conductas humanas, y que El habría depositado en el espíritu de los hombres. Suárez convierte esto en el principio de su sistema jurídico.

La ley natural es *moral.* Tiene por objeto regir la conducta del individuo. Sto. Tomás había distinguido cuidadosamente los preceptos «morales», de valor permanente —los cristianos guardan el Decálogo, y, en sentido amplio, también hay preceptos morales de la nueva Ley— de las proposiciones jurídicas (§ 181). Con ello vuelve Suárez a la confusión —herencia de la Alta Edad Media y del pensamiento judío (§ 58)— entre los mandatos de la moral y la institución del derecho.

El derecho se deducirá de los preceptos morales de la ley natural, preceptos inmutables, universales, cuyo conocimiento y cuya exacta formulación subrayarán por añadidura los teólogos: pues aunque la ley natural es común a todos, los Evangelios la han renovado, y la gracia cristiana, y las luces de que dispone la Iglesia, le dan competencia al clero para definirla. Es una tentativa de restauración de la supremacía de los teólogos. Pues por lo menos les corresponde el construir la estructura del derecho natural.

Queda sin duda por completar el cuerpo de las leyes principales así constituidas, aplicándolo a las contingencias, a las constantes mutaciones de la historia, y a las condiciones particulares de cada proceso. Tras haber

planteado las «tesis», se necesitarán muchas adaptaciones para la «hipótesis». Tarea secundaria, casi servil, que se abandonará a los juristas profesionales.

184. La Escuela del derecho natural. Los famosos sistemas de la *Escuela racionalista del derecho natural* —según recientes análisis— derivan de esta teología; son su transposición a un mundo secularizado. La observación ha llegado a ser banal, porque los grandes filósofos de la Europa moderna (sobre todo idealistas alemanes), sucesores de los teólogos, han conservado su dogmatismo, su proceder apriorístico.

Ahora ya no se trata de principios *revelados*. En la Escuela del derecho natural, cuyos autores son laicos, cada vez se alegará menos la Sagrada Escritura, tan sólo a título de confirmación. Exceptuemos a Domat, el amigo de Pascal: que emprendió en pleno corazón del siglo XVII la construcción de un sistema ordenado de las leyes, «*Les lois civiles rangées sous leur ordre naturel*» deducido del precepto evangélico del amor al prójimo (Bossuet había ya pretendido dar una «Política» sacada de la Sagrada Escritura»).

Pero los principales autores de la Escuela, los protestantes, *secularizaron* los principios del «derecho natural». Les bastó con separar la ley natural de sus raíces teológicas, y con poner entre paréntesis al divino legislador. Se fueron a buscar los principios del derecho natural, sin tomarse la molestia de subir más alto, en la conciencia, en la razón del hombre, en el fondo de la *Naturaleza humana*, en el que estarían depositados unos principios innatos. Se empezó así a sustituir a la religión de Dios, por la religión del Hombre.

Grocio, en los Prolegómenos del *Tratado del derecho de la guerra y de la paz*, anunció el propósito de construir un sistema sobre unos axiomas *racionales;* que por descontado, también se conciliaban con la moral del Evangelio, pero a los que cualquier hombre podía descubrir en el seno de su «naturaleza». Constituían el «dictado de la razón» (*dictamen rectae rationis*). Se los podía ex-

traer dela literatura pagana, tan amada por los humanistas. Grocio los tomó de Cicerón, que en sus tratados de moral estoica, había lanzado la expresión de fuente del derecho (*fons omnis juris*). Existiría una ley moral —*vera lex, recta ratio*— de la cual dimanaría toda la justicia. El hombre, en el cual reside una parcelá de la Razón común, está por eso mismo destinado a la vida social, y tiene el deber de hacer posible su coexistencia con sus semejantes: «*este cuidado de mantener la sociedad... es la fuente del Derecho propiamente dicho y suele reducirse, en general a esto: a que hemos de abstenernos religiosamente de los bienes ajenos y hemos de restituir la ganancia que hayamos obtenido de ellos; a que estamos obligados a cumplir la propia palabra; a que debemos reparar el daño cometido por nuestra propia culpa...*». De estos preceptos se deducirán el derecho de propiedad (art. 544 del C.C.), el sistema del contrato consensual (art. 1134) y el de la responsabilidad (art. 1382).

Moralismo. Lo mismo que en Suárez, que perpetúa la tradición medieval, el derecho está así pendiente de los principios de *moral.* Los filósofos de la moral sucedieron a los teólogos en las cátedras del «Derecho natural»: pues, en cuanto a principios racionales, el hombre apenas si sabría descubrir en su conciencia subjetiva (allí donde está depositada la «ley natural») más que unos principios de moralidad. Pufendorf fue primero el autor de un tratado sobre los deberes (*De officiis*), pero también lo fue de una teoría de los «entes morales» (*entia moralia*) que condicionan las acciones voluntarias del hombre.

Kant persiste en tratar del derecho como anejo de la moral. Del imperativo categórico que dicta en el hombre la Razón pura, pasando por el precepto del respeto de la dignidad de toda persona humana, deduce un «imperativo» jurídico, fuente de su «derecho natural». Verdad es que el «derecho natural» no podrá bastar en la vida real; el derecho «perentorio», definitivo, se formará por las decisiones positivas del poder que allí está en ejercicio.

Kant se vio así obligado a combinar las tesis de Hobbes con las lecciones del racionalismo.

Vernunftsrecht. Sobrevino así la dictadura de la *razón* humana convertida en *fuente* de conocimiento. La escuela llamada del Derecho Natural —sobre todo a partir del siglo XVIII— estaría mejor llamada del derecho «racional»: «*Vernunftsrecht*». Pues pretende deducir de la Razón no ya sólo el poder del legislador (como en el sistema de Hobbes), sino el *contenido* del derecho. Se parte, o de máximas generales de moralidad, de «imperativos», de preceptos de la conciencia, o de definiciones generales de la esencia del hombre, de la virtud, del bien, o de los fines de la conducta moral. Los más admirables esfuerzos para constituir un derecho racional fueron, al parecer, los de Leibniz, autor de innumerables esbozos de sistemas jurídicos deductivos, los cuales por otra parte, tenía demasiado buen sentido como para llevarlos a su término. Mientras que su discípulo Wolff se creyó capaz de conseguirlo (*Jus naturae methodo scientifico pertractatum*, 1748).

De los tenaces trabajos de la Escuela del derecho natural —y merced a su conjunción con la doctrina del Contrato social, que establecía la competencia del legislador estatal— salieron nuestros *Códigos*. Con la orgullosa pretensión, que ellos enarbolaban a fines del siglo XVIII, de estar constituidos para siempre, y de poseer valor inmutable y universal. Pues —decían a la vez, Pufendorf, Leibniz, Thomasio y J. J. Rousseau—, el derecho no es el hecho, es *norma* ideal que se impone al hecho.

Su supervivencia. Nosotros somos en una gran parte producto de esa filosofía. Se olvida el lugar esencial que las doctrinas de la Escuela del Derecho Natural tuvieron en el pensamiento contemporáneo... Ramas enteras de esos sistemas están todavía vivas: la obligación de cumplir las propias promesas, el deber de reparar los daños cometidos por propia culpa, los principios generales del derecho y los sacrosantos «derechos del hombre», abundantemente alegados por los publicistas.

En la Facultad se dan cursos de «libertades públicas». En ellos se hace como si se comentase la constitución en la que están inscritas estas vagas fórmulas de la defensa de la libertad y de los derechos del hombre. Pero en realidad, se exaltan allí los temas políticos del valor sagrado de todo individuo. ¿No tenemos ahí la prueba de la supervivencia del Derecho Natural?

Pero lo que, sobre todo, hemos conservado de la Escuela del derecho natural, es el prejuicio de que el «derecho» es un sistema, un «orden normativo unitario» (§ 151), prejuicio transmitido por la dogmática pandectista. Y seguimos estando impregnados de él. Mas es pura ilusión, pues los grandes tratados de la Escuela del derecho natural no han debido, sin duda, su existencia y su momentánea fortuna, sino al declive, por la misma época, de la enseñanza de la lógica. Y la excepción de Leibniz confirma la regla, puesto que sus tentativas fracasaron.

Todos esos tratados están llenos de paralogismos, y de sistemas deductivos tan sólo tienen la apariencia. Se vuelven a repetir en ellos cantidad de soluciones tradicionales. Saquearon sobre todo el derecho romano —un derecho romano desnaturalizado, al que, por entonces, se le llamaba la «Razón escrita». Y, ocasionalmente, también otras reglas, que tomaron de los derechos consuetudinarios o de la legislación reciente, si bien deformándolas. A pesar de lo cual, su vínculo con los principios es especioso. La demostración fracasó, pues la empresa era imposible.

Aunque ha dejado unas huellas muy importantes y duraderas sobre la enseñanza, la Escuela del derecho natural nunca tuvo más que un escaso éxito entre los profesionales. Al comienzo del siglo XIX se desplomó en el descrédito, lo mismo que la ficción del Contrato social.

185. RENACIMIENTOS DEL DERECHO NATURAL. Pero volvió a resurgir. Por más que se esforzaron en condenarla, renacía siempre de sus cenizas. Es en verdad un «cadáver que no se cansa de resucitar» (H. Batiffol). Razón te-

níamos así al contarla, aunque fueran antiguos sus orígenes, entre las doctrinas *contemporáneas.*

El término de derecho natural, que no ha cesado de cambiar de sentido a través de la historia, se presta a recubrir las concepciones más dispares. En la mayoría de los casos, hoy se trata de un retorno al racionalismo de «la Escuela» del «Derecho natural», que es la única de las versiones del «Derecho natural» que suele ser conocida por la opinión contemporánea. Aunque, sin duda, atenuada. Pues en el siglo XX es imposible restaurar la pretensión de edificar sobre la razón pura un sistema jurídico de valor permanente y universal. Y también lo es negar la historia.

Las doctrinas del derecho natural del siglo XX van a esforzarse así por combinar el culto de la Razón con la atención a los hechos históricos. No se atreverán a reintroducir los «principios» del derecho natural más que a título de fuentes secundarias y en competencia con las reglas del derecho positivo. De lo cual resulta una teoría *dualista* de las fuentes del derecho, que tan pronto dejará al jurista seguir las reglas del derecho positivo, como le hará apelar al derecho natural; de ahí provendrá la incertidumbre de las soluciones jurídicas, vicio denunciado por Kelsen. Distinguimos dos *olas* sucesivas de «renacimiento del derecho natural».

1.° La primera, al comienzo del siglo: Stammler; una parte de la escuela de los neokantianos; el jesuita Cathrein; Gény, cuya principal obra tiene como sub-título: «El irreductible derecho natural»; Charmont con su «Renacimiento del derecho natural»; Rommen, «El eterno retorno del derecho natural»; y, en Italia, Del Vecchio.

La doctrina más notable es la de Stammler. Formado en la línea de Kant, pero mezclando hábilmente su filosofía práctica con su análisis de las «*formas*» de la razón teórica, Stammler no pide a la Razón más que las *formas*, el lenguaje, los conceptos del verdadero pensamiento jurídico —y «la *Idea* del derecho», como ideal que, insuflado en el derecho, ha de hacerlo cada vez más justo («*richtiges Recht*»). En cuanto al «contenido», varía a

través de la historia con las condiciones cambiantes de la economía. Es, pues, la teoría de un «derecho natural de contenido variable».

Otros se refieren a Sto. Tomás: Cathrein, Rommen, a veces Gény, su discípulo Renard (defensor de un derecho natural cuyo «contenido» sería progresivo) etc... Pero es menester no confundirse con ello: porque la filosofía de Sto. Tomás no fue transmitida más que deformada, contaminada por el *suarecismo*; por el *wolfismo*, que tuvo gran éxito en los seminarios, por la filosofía kantiana.

Señalemos aún una obra de Adolf Reinach, que remonta a 1913, pero cuyo éxito es más reciente. Reinach, por otra parte, no aceptaba la etiqueta de derecho natural. Pero como discípulo de Husserl y poniendo en práctica el método fenomenológico, creyó descubrir *a priori* un conjunto de proposiciones jurídicas de valor inmutable. Reinach dejaba a los juristas el cuidado de completar ese núcleo de verdades estables en función de las necesidades de cada tiempo, para constituir el «derecho positivo». Pero como había trabajado sobre unos conceptos (promovidos a «esencias») que había tomado prestados de la tradición kantiana pandectista, comprobamos que su sistema de verdades jurídicas apriorísticas sigue estando en la línea de la Escuela moderna del Derecho Natural.

2.° La segunda ola data de la crisis de la última guerra mundial. Los juristas alemanes educados en el positivismo legalista se avergonzaron entonces de haber servido y aplicado con demasiada pasividad las leyes de Hitler (*Hitlers argument*). Ahora llegaba el momento de desquitarse, de restaurar los grandes principios del respeto a la persona humana, los derechos del hombre, las máximas del liberalismo del conquistador americano. Y todo ello significó un nuevo influjo de «renacimientos del derecho natural».

Citemos el manual de H. Coing, que apareció en Alemania al acabar la guerra, y una serie de obras venidas de diferentes esferas: católicas (Messner, Verdross), pro-

testantes (Brunner, Erik Wolf), existencialistas (Fechner-Maihofer) e incluso marxistas (E. Bloch)... Se podrían añadir sin esfuerzo un centenar de títulos, italianos, españoles, franceses (Maritain), belgas (Leclercq, Dabin) o americanos (L. Fuller)...

Y todavía hay otros que devuelven su significación «clásica» a los términos «derecho natural» y «naturaleza de las cosas». Lo comentaremos luego (§ 195).

186. EXAMEN CRÍTICO. La mayoría de estas doctrinas «jusnaturalistas» se adhieren substancialmente a las conclusiones de la «*Escuela* moderna del derecho natural», de la lógica de las Luces, aunque la manera de fundamentar filosóficamente estas conclusiones, sea, en apariencia, renovada. Pero, por nuestra parte, seguimos negándonos a darles crédito.

Es imposible que de prescripciones de una moral racional se deduzcan soluciones jurídicas. Pues el objeto del derecho no es el de dictar al individuo unas reglas de conducta, sino el de determinar *entre* varias personas un reparto de los bienes y las cargas en un grupo (*supra* 123). Ninguna ley moral descubierta en la conciencia subjetiva de un individuo cumple con este oficio.

Habíamos denunciado anteriormente lo estéril que era para el derecho el lenguaje de los «derechos del hombre». Estos son la expresión del valor o dignidad infinita de cada ser humano dentro de una filosofía moral, que sin duda está fundada, pero que tiene el defecto de no suministrar ningún criterio para la regulación de los procesos (§ 88 y s.).

La misma filosofía moral confería a los hombres —además de permisos, libertades y facultades de obrar— unos deberes u obligaciones. Como la obligación, tan grata a Kant, de respetar la infinita dignidad de la persona humana. Pero ¿qué puedo yo sacar de ella, si se trata de regular unos conflictos de interés *entre* varias «personas humanas»?

«No robarás», es precepto moral que está inscrito en el Decálogo. Pero ¿cómo va a guiar al juez en su oficio

—que es el de definir la consistencia relativa de las propiedades de cada cual, con el fin de saber en dónde empieza el robo?

«Tú respetarás tus promesas». En la Europa moderna se dedujo toda la «teoría general» del derecho contractual de una fórmula del Edicto del pretor: *Pacta servanda*. El pretor garantizaba los «pactos». Se la tradujo así: «Toda convención debe ser cumplida» (lo cual es un contrasentido, pues *pactum* no significaba «convención»). Pero cuando un obrero ha concertado con su patrono un contrato de trabajo leonino, ¿tendrá que sentenciar el juez que se ha de condenar al obrero a que cumpla su promesa?

«Se deben reparar los daños cometidos por la propia culpa». Sobre este precepto racional de moralidad, nuestros civilistas construyeron no ha mucho una doctrina insostenible de la responsabilidad civil. Pues para llevar a cabo un buen reparto entre el autor y la víctima de un accidente de automóvil, el juez debe también tener en cuenta el comportamiento y la situación de la víctima (cf. *Archives de Philosophie du droit*, t. 22-1977).

No se ha demostrado que sea posible sacar de la «conciencia», de la ley natural «inscrita» en las conciencias de cada uno, o de la «razón pura», unas esencias fenomenológicas captadas al estilo de Reinach —sino una fórmulas huecas, enfáticas—. La mayoría de estas doctrinas modernas del derecho natural, como se ha dicho de la de Stammler, son meras «botellas vacías decoradas con una hermosa etiqueta».

Al igual que la ideología del contrato social, estos bellos principios de moralidad racional que se han querido convertir en «fuente» de sistemas jurídicos —cuando no son otra cosa que pura palabrería— tienen sobre todo que cubrir la explotación capitalista y, hoy, otras injusticias. Más hubiera valido atenerse a las distinciones de Sto. Tomás, que se había guardado de confundir los preceptos *morales* (*moralia*) con los preceptos jurídicos (*judicialia*).

Yo no creo en el poder, ni de la ley natural moral, ni de

la Razón práctica del hombre que de ella deriva y a ella se sustituye, para dictar soluciones jurídicas. La Razón de los racionalistas no aporta a los sistemas jurídicos modernos más que falaces justificaciones ideológicas.

Artículo II

FUENTES FACTUALES

187. EL POSITIVISMO CIENTÍFICO. Pasemos ahora a la otra rama de la alternativa: si hay una filosofía triunfante en el gran público, constantemente difundida por nuestros *mass media,* es el positivismo científico.

La edad positivista.

Augusto Comte le dio su nombre, por una de sus geniales intuiciones, la famosa *Ley de los Tres Estados,* en el *Curso de filosofía positiva* (1839-1842).

Las técnicas de conocimiento de la humanidad a lo largo de su historia (como las de cada cual en el transcurso de su vida, pues «la ontogénesis reproduce la filogénesis») pasarían por tres estadios sucesivos: primero la *edad teológica:* el hombre, ansioso de comprender al mundo para orientarse en él y para dominarlo, se esfuerza al principio torpemente en dar razón de los fenómenos por la intervención de potencias sobrenaturales, de divinidades. Así, el desarrollo de la guerra de Troya es explicado por los caprichos de Zeus, de Poseidon, o de Atenea. Y ya vimos cómo la *Torah* judeo-cristiana fue la llave de la historia de la salvación, y, durante algún tiempo, también la de la ciencia del derecho.

Viene luego la *edad metafísica.* A estas ficciones teológicas van a suceder, siempre a título de principios de

explicación, unas Ideas abstractas no menos irreales: Razón, Naturaleza, Justicia, Derecho. La física darán razón de las cosas partiendo de las definiciones de su «esencia», de su naturaleza, de sus cualidades: así, por ejemplo, la «virtud dormitiva» del opio.

Por ese mismo método se formó la doctrina del derecho: deduciéndola de la Razón, de los preceptos de la Ley Natural, de la Naturaleza del hombre, de los «derechos naturales» de los individuos. Sistema liberal individualista, que ha arrojado a Europa a la anarquía. El espíritu metafísico fragmenta y como recorta al universo en multitud de principios diseminados, sin vínculo mutuo y destruye así su *orden*. En la historia ha mantenido un papel *crítico* y negativo.

En la época de Comte, la humanidad llega al estadio del *positivismo*. El espíritu humano, salido de la infancia y de la adolescencia —para llegar a la edad «adulta» de la madurez— renuncia a captar «la esencia» de las cosas —no hay esencia de las cosas—. Observa unos hechos positivos, pero capta también sus *enlaces*, sus relaciones de concomitancia o de sucesión temporal, que él expresará bajo la forma de *leyes* científicas. Este es el método de las ciencias modernas, que durante mucho tiempo sólo fue explotado por la Física y por las ciencias naturales. Y que ahora ha conquistado nuevos dominios.

Y sobreviene el momento decisivo, cuando el genio de Augusto Comte discierne, en el momento mismo de producirse, la eclosión de la *sociología*. De ahora en adelante la ciencia extiende su imperio sobre el conjunto del mundo y de la historia; y de ello deberá por tanto salir una renovación total de la vida y de la *moral* (la última de las ciencias); la restauración del orden y el progreso de la sociedad.

¡Lejos de nuestras intenciones el desacreditar a Comte! Porque su pensamiento es mucho más rico. No es el teórico de una ciencia fría y neutra, sino el fundador de una *Religión*, corazón de su «política positiva».

Pero detengámonos sobre este tema de la exaltación

de la *ciencia,* tal como algunos de sus discípulos lo van a retener, desfigurado: ya que monopolio del espíritu científico y dictatorial de los sabios sobre toda la vida intelectual, y rechazo de toda «metafísica», es lo que, en pleno siglo XX, van a ser los *leit-motivs* del «círculo de Viena» y del «neopositivismo»; y, para emplear la expresión de Jacques Maritain, del «cientificismo» contemporáneo.

El maremoto del positivismo científico había de extenderse al derecho, y producir una nueva doctrina de las fuentes: ya no se tratará de *deducir* el derecho de preceptos de la Razón, o de un concepto de la «naturaleza del hombre» —ni de *construirlo* racionalmente—. En la ciencia positiva la lógica de la demostración pierde su monopolio. Será preciso que el derecho se *induzca* de los hechos observados científicamente. ¿Sigue siendo todavía una «fuente»? Este término se vuelve impropio. Los hechos sociales constituyen una especie de *mina,* de la cual habrán de extraerse las reglas jurídicas.

Progresivamente, los juristas han sido ganados al positivismo científico, por contagio, porque se ha convertido en filosofía dominante, reinante, entre los que nos gobiernan —unida con su gemelo, el *tecnicismo*—. Venía este muy a punto. Pues en el transcurso del siglo XIX, cuando los juristas se vieron obligados a percatarse de la insuficiencia de sus Códigos, y de los sistemas racionalistas, se impuso una reacción. De nuevo tuvieron que tener en cuenta los cambios históricos reales, y alejándose de los grandes sistemas ilusorios del idealismo, hubo que volverse a alimentar con los hechos.

Así es como se suceden las modas, dialécticamente, arrojándose de un exceso al exceso contrario. Auge, pues, del cientifismo. Los teóricos de la ciencia jurídica, por descontado, apenas si se dieron cuenta de que se habían dejado ganar por este movimiento.

188. Los PRÓDROMOS. Del mismo modo que tuvimos que buscar en la ciencia teológica los orígenes del racio-

nalismo jurídico, el positivismo de los juristas arraigó en unas disciplinas científicas extrañas al derecho. Primer fenómeno que ha de observarse, y que hoy ha sido puesto de relieve por Michel Foucault, es la aparición de las *ciencias humanas*.

Como lo percibió Augusto Comte, los métodos científicos modernos, confinados primero en el estudio de la naturaleza inanimada, se extendieron como una mancha de aceite. Embriagada por los éxitos que había tenido en la Física, en la astronomía y en la anatomía, la ciencia se extendió tentacularmente por todos los sectores del conocimiento. Cambió la filosofía: casi todos los filósofos de la época moderna —Descartes, Bacon, Pascal, Leibniz, Hobbes, Locke, Spinoza— cultivaron las ciencias.

Desde el principio del siglo XVII estos autores tendieron a transplantar a sus estudios generales de filosofía tal o cual parte del método de las ciencias: el modelo de las matemáticas, o el de la mecánica. El sistema de Hobbes analiza los mecanismos por los cuales habrán de formarse el Estado y el derecho. La *Política* spinozista es un juego de fuerzas naturales. La atracción que manifiesta la mayoría de los sabios modernos por la observación empírica puede también generalizarse (Pascal o Locke).

En medio del siglo XVIII brotan, no sólo la psicología y la biología, sino las ciencias de la sociedad. La *historia* se convierte en una ciencia social con Vico, Voltaire, Gibbon, Rousseau, los enciclopedistas —sin hablar de Hume y de Montesquieu—. Aparece la *economía política:* que ya no es sólo el arte de gobernar el patrimonio familiar; que es, desde ahora, *política.* Los *fisiócratas* trazan el cuadro del «orden *global* de las sociedades» —producción, cambio y consumo— un cuadro que, por otra parte, es muy poco histórico: los fisiócratas han recogido de Locke o de Wolff, el concepto de los derechos «naturales», el carácter natural de la propiedad y del sistema consensualista. Lo convierten en una pieza permanente de su socio-

logía. Y sobre esos datos, Adam Smith y la escuela inglesa descubrirían «la armonía» global de la economía.

De este primer auge de las ciencias sociales proviene la desafección de los sistemas «metafísicos». Señalaremos tres ejemplos de ello.

Escepticismo.

1.° Hume: «*Tratado de la Naturaleza humana*». «*Ensayo para introducir el método experimental en las cuestiones morales*» 1739-1740 (obra de juventud). Hume es uno de los grandes precursores del positivismo. Kant escribirá que si él ha podido fundar una filosofía crítica, se lo debe a Hume, porque Hume le había despertado de su primer «sueño dogmático».

Hume estaba imbuido de los métodos científicos (aunque nunca se desprendiese del dogma de que existe una «naturaleza humana común»). Para él nuestras ideas generales no proceden de la Razón, sino de «primeras impresiones» sensibles, que luego se «asocian» y combinan, y estas combinaciones se instalan en el lenguaje común del grupo por la fuerza de la costumbre y de la educación: así sucede con la idea de *causa* o con la de *justicia*. E igual con nuestras instituciones: Hume ha señalado la génesis de la propiedad, del contrato, del Estado y de sus leyes, y del prejuicio de la obediencia a las leyes positivas del Estado, partiendo de impresiones sensibles de placer o de desagrado, y de la asociación de estas ideas sencillas; la costumbre luego las ha consagrado.

Ya no hay contrato social ni ley natural innata. No es que Hume quiera condenar las instituciones así existentes. No era en modo alguno un revolucionario. Señala, por el contrario, que ellas responden a nuestros intereses, o a los intereses de los privilegiados, y, en cierto sentido, las justifica. Sin reconocerles, eso sí, desde ahora, ningún fundamento *racional*. Hume, intelectual desencantado, invita al hombre a contentarse con los hechos existentes.

Relativismo.

2.º Montesquieu: «*Del espíritu de las leyes*», 1748. Tan conservador como Hume. Y muy incoherente en su doctrina; por una parte conservará los temas que estaban de moda en su tiempo, como la exaltación de las libertades naturales del individuo y la estricta sumisión del juez a la ley del Estado, las cuales deben producir en el conjunto del cuerpo social un orden común y providencial. Montesquieu había leído a Malebranche.

Pero su aportación reside en otra parte. Sus famosos «principios» son otros (Prefacio de la obra). Al jactarse él mismo, en ocasiones, con muchos de sus contemporáneos, de cultivar las ciencias físicas, su mayor iniciativa es la de transplantar sus métodos a la observación de los hechos jurídicos, la de buscar las leyes de esos fenómenos —un poco al modo de Newton, el modelo científico de entonces—. Descubre así la «relación» de las legislaciones y costumbres de las diversas naciones con las circunstancias históricas y geográficas, con los diversos regímenes políticos, con los modos de vida, con las religiones, con la economía, con el «espíritu del pueblo», con los «climas». El legislador nada puede contra ello, sólo puede modificar apenas lo que ya está determinado por el hecho, por la «naturaleza de las cosas».

¿Qué queda del programa jusnaturalista —de codificar de una vez para siempre, en nombre de la Razón innata, una legislación ideal de alcance inmutable y universal? La obra de Montesquieu fue tan corrosiva como la de Hume.

Utilitarismo.

3.º Para terminar, Jeremías Bentham («*An introduction to the principles of Morals and Legislation*» 1883), que se compromete con los problemas metodológicos del derecho. Es importante, porque fue jefe de escuela: porque tuvo por amigos y aliados a los economistas y porque fue el fundador del «radicalismo». Siempre está de moda

en los países anglosajones y es uno de los profetas de nuestra sociedad técnica.

El utilitarismo en Bentham es otra manera de romper con los sistemas del idealismo. Sin embargo, había conservado parte de la doctrina de sus grandes predecesores ingleses. De Hobbes guardó el prejuicio de que al hombre le toca el fabricar racionalmente todo su derecho, y de que el derecho se identifica con las leyes del Estado. Pero eso de pretender que las leyes sean «justas», le parece un vestigio de la arbitrariedad «metafísica»; no lo son ni por el contenido (tesis de la Escuela del Derecho Natural), ni por su fuente, la ficción del Contrato social, científicamente indemostrable. Justificarlas por el hábito o por la costumbre, sería vano.

Todo el valor de la ley consiste en su *utilidad;* esta no es más que una técnica, un instrumento de la «maximación de los placeres» (§ 86). La ciencia comprueba que todo hombre persigue su placer. No podría tener otro fin. Este es el principio de toda la moral.

De este principio resultan el arte y las fuentes de la legislación. ¡Que el legislador elimine todas las ficciones teológicas o metafísicas! No deberá contar más que con la ciencia: con los placeres de los individuos, y con las causas de esos placeres. Conocer la causa de los placeres permite *calcular* los medios de agrandarlos y de disminuir la cantidad de penas. Así, una ley punitiva del robo, que esté científicamente calculada, preservará los placeres de los propietarios sin agrandar, más de lo que el cálculo lo haya mostrado necesario, las penas de los ladrones. Todo el derecho tiene que ser reconsiderado, refundido conforme a este método.

Victoria decisiva de la ciencia. Renuncia a la búsqueda de las soluciones justas, porque la justicia está fuera de los dominios de la ciencia. Hemos de contentarnos con servir, tales como la ciencia los registra, los deseos de cada cual, tales como son: y para eso la ciencia procura una técnica. La técnica es así la hermana gemela de la ciencia moderna, y su *fin* (§ 110).

He ahí la obra de Bentham en su parte más nueva;

un arte de la legislación. En cuanto a la técnica de la *jurisprudencia*, también se ocupó de ella (*The limits of jurisprudence defined*, ed. 1945). Bentham sigue también en este punto la línea de Hobbes, y separa radicalmente el oficio de juez o de jurista del legislador. El jurista no tiene que preocuparse del valor de los textos, ni siquiera de su utilidad, de la cual serían responsables otros.

Tiene que aplicar los textos que el Estado impone efectivamente; tomar las leyes tal y como existen. La única actitud «científica» es observar el derecho tal y como es (*law as it is*), y no tal como debería ser (*as it ought to be*). Esta máxima que tan gran éxito ha tenido no está exenta de obscuridad, porque no es tan fácil como lo imagina Bentham el reconocer en qué consiste el derecho «existente». Pero no por ello dejará de seguir siendo el *leit-motiv* de la obra de J. Austin («*The providence of jurisprudence determined*», 1831), el más célebre filósofo del derecho de Inglaterra en el siglo XIX —discípulo y sucesor de Bentham—.

189. LA ESCUELA HISTÓRICA: PRIMEROS AVATARES DEL POSITIVISMO JURÍDICO. Volvamos a Alemania. Sabemos que el siglo XIX fue el tiempo de la hegemonía de las Universidades alemanas y del «pandectismo», salido de la «Escuela histórica».

La Escuela histórica tiene mucho de la filosofía de Kant; no tanto de su moral o su teoría del derecho natural, no de su filosofía de las ciencias teóricas. Y del reparto que el mismo Kant había establecido en su «*Conflicto de las Facultades*», entre la tarea de los filósofos y la de los juristas. A las Facultades de Filosofía, decía, les corresponde buscar el derecho ideal, poner en claro, partiendo de la Razón pura, la *idea* de una República perfecta, fruto de un verdadero contrato social.

Los juristas deben contentarse con estudiar y con aplicar las leyes que ha producido el Estado existente, pues nada tenemos hoy que se aproxime más al ideal.

Tal como lo han demostrado los estudios de G. Marini, este pensamiento de Kant encontró rápidamente la aquiescencia de los juristas. Estaban estos cansados de los sistemas de la Escuela del derecho natural, decididamente impracticables; pero habituados al manejo de los textos positivos, en particular del *Corpus Juris Civilis.* La historia científica se volvió hacia las fuentes jurídicas romanas; la ciencia del derecho romano prosperó.

Marini prueba que G. Hugo, fundador de la Escuela histórica, y cuya obra serviría de blanco para los ataques de Hegel y Marx, aceptó al vuelo esa invitación hecha a los juristas de confinarse en la ciencia de los textos existentes. «*Lehrbuch des Naturrechts als einen Philosophie des positiven Rechts*» (1798). El término de «derecho natural» no está presente en el título más que para ser inmediatamente rechazado, en beneficio del derecho *positivo,* y de una ciencia del derecho positivo.

1.º *El programa de Savigny.* Savigny publica en 1814 «*Von Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschft*», al que va a seguir muy pronto el Manifiesto de la *Revista histórica del derecho* (ZSS), que ya no es precisamente kantiano. Este opúsculo es el testigo del auge de la *historia,* tan en boga con el naciente romanticismo.

Savigny se opone al proyecto de una codificación de conjunto del derecho alemán. El tiempo no está maduro, sobre todo en Alemania. La idea misma de ella había salido de una falsa doctrina de las fuentes del derecho: es falso que el derecho sea la obra del *Legislador;* es una obra de la historia, producto colectivo inconsciente del «espíritu del pueblo» (*Volksgeist*); comparable a ese otro producto del espíritu colectivo, que es la *lengua* de cada pueblo. Y como las lenguas, los sistemas jurídicos difieren; el derecho francés no es el del pueblo alemán; hay que abandonar el sueño de construir un derecho universal, que tan fomentado había sido por la Escuela del derecho natural.

El historiador halla en cada pueblo un fondo de derecho ya existente (*Bestehendes Recht*) —hecho de solucio-

nes tradicionales, de costumbres, de frases y de máximas, nacidas espontáneamente. Savigny lo designa a veces por la ambigua expresión de *Natürliches Recht.*

Entonces, ¿por qué obnubilarse sobre las pretendidas creaciones del legislador? El golpe de audacia de Savigny fue el de sustituir la acción del legislador, por la de los *profesores*, de los sabios, de la ciencia: por la *Wissenschaft.* La segunda pieza fundamental de la doctrina de Savigny (siendo la primera la existencia de un derecho popular espontáneo) es la idea de una ciencia jurídica que ya había sido manifestada en su curso de 1801 sobre el método (*Methodenlehre*). Se trata de una ciencia *histórica*: de Savigny datan los felices días de la historia del derecho, cuyo declinar estamos hoy conociendo.

Ciencia, sobre todo, de las *Pandectas romanas*, porque de hecho, en el curso de la historia —otro gran tema de Savigny— el pueblo alemán habría «recibido» las compilaciones justinianeas. El «uso moderno» de las Pandectas forma, pues, el núcleo central del «derecho común» en toda Alemania. Habrá que tener en cuenta también lo que haya podido sobrevivir del «derecho germánico».

El oficio de los juristas sabios, universitarios, a los cuales corresponde el puesto de honor, será el de registrar ese dato histórico real, esta masa de textos tradicionales, y revelar su *sistema.* Se imita así el método de las ciencias naturales. Savigny toma del romanticismo ese postulado de que a ejemplo de los *organismos* de los cuerpos vivos, que son el objeto de la biología, todo derecho popular constituye por sí mismo un todo «orgánico», suposición poco definible (§ 153).

2.º *Pandectismo.* Así fue trazado el programa del pandectismo, programa observado por Puchta y por la serie de los promotores de la *Begriffsjurisprudenz,* y por el famoso manual de Windscheid, muy sistemático. Windscheid se apoya sobre la ficción de un legislador ideal, que se dedicaría a conferir al derecho una forma «racional» (§ 151).

De estos trabajos salió la *dogmática* jurídica, orgullo de los profesores alemanes, que sirvió de modelo en muchos países extranjeros (en Francia gracias a Aubry y Rau) y que dio su forma a la enseñanza de las Facultades de Derecho. Y cuya coronación había de ser, en 1900, la redacción del Código Civil de Alemania —el B.G.B.— una vez que los tiempos, según la expresión de Savigny, hubieron «madurado» para la «legislación». El Estado alemán sancionó así la obra de sus profesores.

Hemos colocado este esbozo del pandectismo bajo la rúbrica del «positivismo jurídico». En la época del Pandectismo, casi todo el mundo hacía profesión de «positivismo jurídico».

Pero el término ha cambiado de sentido. En su origen significaba negación del derecho natural, y legitimación del derecho por el contrato social; con el consiguiente monopolio de las leyes estatales.

Por el contrario, las Pandectas romanas no son leyes en sentido estricto, como tampoco lo son las costumbres germánicas... La Escuela trabaja partiendo de textos positivos, pero trata esos textos como meros *hechos,* ofrecidos a la observación científica, y que son *positivos* en el sentido que esta palabra reviste en Augusto Comte.

190. SOCIOLOGISMO. El pandectismo es así un híbrido. Con el fin de salvar en él los valores del orden, Savigny había conservado de la Escuela del derecho natural, el postulado de la unidad lógica del sistema, pero este postulado contradice a la ciencia. El pandectismo seguía siendo un compromiso, una semi-medida, que había de ofrecer su flanco a los ataques de nuevas generaciones de sabios.

Porque, entre tanto, fuera de las Facultades de Derecho, las ciencias sociales no habían dejado de crecer, como el cadáver de Ionesco. El género histórico estaba en pleno auge, y los historiadores estaban esencialmente obsesionados por lo que *cambia.* Darwin había hecho triunfar en zoología el tema de la *evolución,* e intentado ex-

plicar el progreso de las especies biológicas por su combate, *struggle for life.* En el siglo XIX, en el campo de las ciencias sociales, Darwin, por haber dejado su campo a la dimensión del tiempo, sirvió de modelo, más bien que Newton. Se siguió una floración de «filosofías de la historia», o de «sociologías dinámicas»: Comte, Marx o Spencer...

Marx, Engels. Una de las teorías de la historia que llevan la marca de ese espíritu científico del siglo XIX es, evidentemente, la de Marx. Antiguo alumno de Savigny en la Facultad de Derecho de Berlín, pero que pronto había rechazado la pseudo-ciencia de los juristas, se negó a tratar al derecho como ciencia separada —apuntó a una ciencia global e histórica de la sociedad, y, primero, de su «infra-estructura», la economía, para conocer el proceso de la producción, y la lucha de los hombres contra la naturaleza.

El derecho no sería más que una dependencia de ella. Si se parte de las modas sucesivas de la economía y de la división del trabajo, se comprenden las «relaciones» sociales, las relaciones políticas de *dominación;* y la génesis de las diversas *ideologías,* religiosas, filosóficas, *jurídicas,* que tensarán aún más, bajo su base, esta dominación.

En cuanto a los cambios, son el efecto de la lucha de clases (según el modelo darwiniano). El cual, bajo la égida del capitalismo, ha producido el derecho burgués en el que predominan las leyes del Estado; el abandono del capitalismo y la correlativa victoria del proletariado entrañarán pronto el abandono de las formas jurídicas, la «caducidad» del Estado y de su derecho.

El segundo Jhering. El formidable desarrollo de las ciencias históricas y sociológicas tenía necesariamente que ganar las Facultades de Derecho. En la época de Marx, inspiró la obra capital de Jhering. Del segundo Jhering, pues en un primer tiempo, Jhering fue un pandectista bastante ortodoxo, secuaz de la Escuela histórica y de la

Begriffsjurisprudenz. Pero luego cambió de opinión y se opuso con virulencia a la *Begriffsjurisprudenz*.

Se percató de que el derecho *vive* y no es un universo cerrado: y de que no se podrían comprender sus transformaciones sino refiriéndolas al conjunto de la vida social en la que desempeña una función.

Lector también de Darwin, Jhering vio desde entonces en el derecho las resultantes de una lucha de fuerzas: *Kampf ums Recht*. «La fuerza crea el derecho». Según la fórmula bismarkiana. El derecho es el producto de un combate entre unos fines antagónicos (*Zweck im Recht*).

Esta correlación del derecho con los *intereses*, en la que su papel sería el de servirlos y de combinarlos, gozó de una enorme fortuna. Sirvió de hilo conductor a la escuela de jurisprudencia denominada de los intereses (*Interessen Jurisprudenz*) (Ph. Heck, Müller-Erzbach) —a cuyas tesis se suscribieron numerosos profesionales alemanes. Y que en fin de cuentas triunfó de la *Begriffsjurisprudenz*. Gustó al tecnicismo moderno.

E. Ehrlich. Al cambiar el siglo sobrevino la introducción en los juristas de la *sociología jurídica*. El mejor ejemplo es, sin duda la obra de Eugen Ehrlich: «*Grundlegung der Soziologie des Rechts*» (1913). Autor por otra parte muy discutido, objeto de los ataques de Kelsen y de la mayoría de sus colegas; hoy rehabilitado.

Situémonos en Austria en los años de la pre-guerra. Acontecía allí que mientras el Imperio austro-húngaro poseía desde 1811 un Código civil teóricamente aplicable a todos y enseñado en las Facultades, había gran variedad en los usos de los diferentes pueblos que formaban aquel conglomerado estatal: el régimen de los contratos laborales, las relaciones de los padres y los hijos, etc... El Código era muy poco eficaz, no tenía más que una autoridad ficticia. Y a la dogmática pandectista le sucedía lo mismo. Ehrlich creó entonces en su Facultad un seminario para el estudio del derecho vivo (*Lebendiges Recht*).

Luego construyó su teoría de las fuentes del derecho. El fondo del derecho está constituido por unas «normas

sociales», por otra parte no escritas, inherentes a los grupos sociales, y que en ellos descubren los sociólogos: esas normas difieren según los grupos, y no cesan de vivir y de cambiar. Las normas regulan lo esencial de los comportamientos (*Regeln des Handelns*).

En el mundo judicial se añaden a ellas otras normas llamadas «decisorias» (*Entscheidungs Normen*); sus «destinatarios» son los jueces, a los cuales guían ciertas soluciones. Estas reglas son escritas: por lo común de origen jurisprudencial, y sólo posteriormente llegan a la forma de leyes. No se utilizan más que en un campo singularmente menos extenso que el de las «normas sociales» —en los procesos, en lo contencioso, cuando el orden social se encuentra tan perturbado que tiene que ser restablecido. También están subordinadas a las «normas sociales». El derecho no viene del pensamiento consciente del legislador: su verdadera fuente es el hecho.

Ehrlich no es más que un ejemplo del sociologismo jurídico. Lo mismo hubiéramos podido comentar la obra de Durkheim (superioridad de la «conciencia colectiva del grupo» sobre las disposiciones escritas de los legisladores) inspiradora de las audaces doctrinas de Duguit, el pluralismo de Gurvitch (todo grupo segrega su propio derecho), la asombrosa fortuna en los Estados Unidos de la escuela de jurisprudencia llamada sociológica, el realismo escandinavo y la escuela sueca, que se distinguen por su odio a la metafísica (*Praeterea censeo Metaphysicam esse delendam*, decía Hägerström). Y otras cien doctrinas contemporáneas.

191. DE LA NORMA A LA EFECTIVIDAD. De todo ello resulta una crisis del sistema de las fuentes del derecho.

El positivismo jurídico se ha acomodado algún tiempo con la primacía de las leyes estatales; al principio del siglo XIX, todavía era un hecho positivo el predominio de los Códigos. Pero la experiencia lo invalidaría pronto. Pues la ciencia positiva nos obliga, en primer lugar, a reconocer la existencia de una jurisprudencia que, a me-

nudo, se ríe de la ley. «Los hechos se rebelan contra los Códigos» (Morin, Cruet, Tarde). Las doctrinas sociologistas pondrán de relieve las *lagunas* y las insuficiencias de las leyes; y convertirán la libertad con respecto a los Códigos en un deber para los jueces.

¿Por qué detenerse en el camino? Convendrá buscar más lejos las *fuentes* de la jurisprudencia. La misma jurisprudencia tiene unas causas: sociológicas, psicológicas, psicoanalíticas, de las cuales el *realismo americano* hará su campo de estudios. El *realismo escandinavo* se remontará a las creencias infusas en el grupo.

Y no precisamente en unas «normas»: Ehrlich, todavía prisionero del normativismo, se había creído obligado a forjar la ficción de las «normas sociales». Pero tales normas no se observan. Se trata más bien de actitudes, de expectativas, de razonamientos, de un cierto lenguaje, de unos comportamientos significativos. La primera tarea del jurista consiste en reconocerlas. De allí sale el derecho: el derecho que es un hecho (*Law as a fact*, título de la obra principal de Olivecrona).

Así tenía que concluirse el derrocamiento del «positivismo jurídico». Pues en sus orígenes, había implicado la tesis de la soberanía de las leyes, pero arrastrado por la corriente del positivismo *científico*, desembocó en la solución opuesta (§ 224).

192. EXAMEN CRÍTICO. Es difícil medir las repercusiones de esta filosofía. Lo cierto es la creciente marea de las ciencias sociales, que cercan al derecho y progresivamente lo invaden. Se precipitan sobre nuestra Facultad: cursos de «sociología jurídica», «penal», «política», de «métodos de ciencias sociales», «politología», «criminología». Hasta la antigua historia del derecho se ha convertido en historia de los «hechos sociales».

Aun allí donde se ha conservado la etiqueta de «derecho», se infiltra esa corriente científica; en el derecho constitucional, por el estudio de los regímenes, de los partidos, de sus relaciones con las diferentes clases socia-

les, de los sistemas electorales; en el derecho privado, por los cambios de la familia, del funcionamiento de los seguros, de los usos mercantiles, etc., etc... Los tribunales están invadidos por los psicólogos, los penólogos y otros expertos...

Se objetará que la sociología jurídica no enarbola la pretensión de constituir el derecho por sí sola si no tan sólo de desempeñar el papel de sus ciencias *auxiliares*. Pero es que las ciencias van aumentando su parte a título de instrumento mientras las letras se desploman. Prefiere uno ver que su hijo elige una escuela de electrónica que una licenciatura en filosofía. El poder espera de la informática, de la sociología política, de la estadística o de las ciencias criminológicas, un aumento de su medio de manipular la opinión pública y de reforzar el «control social». Y otorga así más créditos a estas disciplinas.

¿Función auxiliar? Tomemos como ejemplo la última obra de «sociología jurídica» de J. Carbonnier. Cuando Carbonnier enseña sociología en la *Place du Panthéon*, no representa el mismo personaje que en su curso de derecho civil de la *rue d'Assas*. A la sociología del derecho —admitiendo que ella sea útil— no le reconoce más que una función documental instrumental: la de indicar al legislador en lo posible, las condiciones que habrá de tener en cuenta para que las leyes sean efectivas y arraiguen sobre la realidad.

El derecho sigue siendo la obra de la voluntad «normativa» del legislador. El legislador conserva su libertad (últimas frases del libro, p. 413). ¿Luego la sociología no sería más que una sierva? Sí, pero una sierva-dueña. Cuando las ciencias de los hechos han entrado ya en lugar del derecho, es difícil impedir que no impongan allí su propia dominación. Si al sociólogo que se ha dedicado a registrar la evolución efectiva de las costumbres familiares, y a dirigir encuestas sobre la moral conyugal de nuestros conciudadanos, se le pide que redacte una nueva ley sobre el divorcio, será para facilitarlo.

El progreso del derecho que la Escuela del derecho

natural pedía antaño a la Razón, nosotros lo esperamos ahora de las ciencias sociales, ansiosos de seguir la corriente, de alinear las leyes sobre el hecho de las transformaciones de la jurisprudencia, y a la jurisprudencia sobre las costumbres o sobre la opinión. Se les pide a los hechos que sean fuentes de derecho.

Espejismo. Pero es obvio que ellos no son aptos para desempeñar ese papel. Confundir al derecho con el hecho es privar al derecho de su función de rectificar los hechos.

La filosofía jurídica del positivismo científico tiene hasta el defecto de ser impracticable. Proclamar, como se dijo en Alemania, que «la fuerza crea el derecho» no significa nada. ¿Dónde está la fuerza? ¿En el Código penal italiano, o en las Brigadas Rojas? ¿o en la Maffia? Porque en comparación con ciertos jueces la Maffia tiene más poder efectivo.

También son poco manejables los criterios de «eficacia» —de «reconocimiento social»: Kelsen, tras haber construido su orden jurídico unitario sobre una «norma fundamental», cuando tiene que hallar fuente para esa norma fundamental suya, invita a escoger la más «eficaz», aquella de la cual saldría el sistema globalmente más «efectivo»». ¿Cómo medir el grado de eficacia de los sistemas? Las teorías contemporáneas —por ejemplo la de Hart—, nos enseñan a no retener en el catálogo de las normas jurídicas más que las «aceptadas» por el grupo, y las que responden a las «creencias» efectivas del grupo. Pero, de hecho, las creencias difieren. El desorden reina en los «hechos sociales», que no son otra cosa que incoherencia y continua movilidad. No esperamos poder inducir de ellos un orden jurídico.

El positivismo no funciona, pues, más que violando sus propios principios. Los positivistas se jactan de haber expulsado la «metafísica» y de abstenerse de todo juicio de valor; los «valores» serían irracionales, por ser objeto de «opción» libre, de elección subjetiva, y por estar, por

definición, sustraídos al conocimiento científico. Se jactan de haber constituido, a imitación de la física, una teoría jurídica *neutra*, axiológicamente.

Pero como el derecho es un valor (como también lo son, por otra parte, el conjunto de los fenómenos que estudia la sociología), ninguno de sus sistemas es *neutro*. La Escuela de Francfort lo demuestra hoy: aunque no fuera sino en cuanto que el sociólogo se limita al estudio de los «hechos», es decir de un *pasado* ya transcurrido, y al calificarlos de derecho, ha optado en pro de su conservación. Ha optado por el conservatismo, si ya no es por la «reacción». Cuando Savigny se adhería a los datos de la tradición, o Austin a las leyes ya implantadas, al *law as it is*, optaban *contra* el movimiento; con lo cual esta pretendida ciencia ha servido para detener el progreso del derecho, para inmovilizarlo, para impedirle vivir. Cuando Kelsen —cualesquiera que fuesen, por otra parte, sus convicciones democráticas— hacía depender las normas jurídicas del poder más «efectivo», ponía a los juristas alemanes al servicio del orden hitleriano.

Otros abogaban por el «cambio», por la inserción del derecho en el movimiento revolucionario, que según las pretendidas leyes de la evolución histórica, llevaría al progreso. Pero progreso ¿a qué título, en nombre de qué, de cuál jerarquía de los valores? Pues así como Austin, Savigny y los Pandectistas favorecieron los intereses de los propietarios y del Estado liberal moderno, el marxismo disimula una metafísica. En la historia todo sería producto del hombre, y mediante el desarrollo de las Luces, moviéndose —legado de Hegel— por contradicciones dialécticas, caminaría hacia el progreso. Por lo menos Augusto Comte tenía el mérito de explicarlo.

Fuera cual fuese el éxito de esa asombrosa filosofía en las esferas académicas, no había posibilidad de extraer un derecho de una ciencia que excluía los valores de su objeto de estudio. Las doctrinas de las fuentes del derecho «positivas» sólo tenían de ello la apariencia: enmascaraban sus principios. Tanto como las teorías del

Contrato social y de la Escuela de derecho natural, eran meras *ideologías*.

193. RESULTANTES. Nos vemos así llevados a dos conclusiones idénticas a las que terminaban el capítulo anterior (§ 156).

1.° El *fracaso* de todas esas tentativas de explicar las fuentes del derecho.

No se dejará de objetar que la literatura de hoy es mucho más rica y matizada. Es muy frecuente encontrarse en ella con tesis *eclécticas* que recurren a la vez a los hechos y al ideal. Los mejores adeptos de la Escuela del derecho natural convienen en que para construir el derecho hay que tener también en cuenta los hechos; lo «posible», lo realizable. Y así, el sociólogo Carbonnier no ha dejado por eso de seguir siendo fiel a la tesis normativista de que el derecho sale de la voluntad del legislador.

En la práctica, ¿cómo salir de ahí, si no es bebiendo a la vez en esas dos fuentes opuestas, aunque una y otra sean insuficientes? Pero esta mezcla se efectuará por vías empíricas; optaremos a ciegas ya sea por el hecho, ya sea por el ideal. ¿Ha de declararse legítimo el aborto porque, de hecho, haya entrado en nuestras costumbres? ¿No podría eso ser también una razón para reprimirlo?

Mientras vivamos bajo el dominio de una *ontología* que separa radicalmente el mundo de los hechos del mundo de las ideas, la doctrina de las fuentes está predestinada a un callejón sin salida. Ya no tenemos una filosofía de las fuentes del derecho.

2.° Pero sigue estando abierta otra vía: la de regresar a la tradición de la jurisprudencia clásica, nacida en otros tiempos y solidaria de otra concepción del mundo.

Entre los movimientos de Renacimiento del «derecho natural», existen algunos que hemos omitido: Graneris, Fechner, el último Radbruch, Arthur Kaufmann, sin ha-

blar de una serie de estudios que giran alrededor de la noción de «naturaleza de las cosas». Retorno a las *cosas: Die Sachen sebst.* Todos estos estudios se apoyan más o menos en la tradición clásica. Nos queda aún el explorarla.

CAPITULO II

UNA FILOSOFIA DE LA NATURALEZA

194. Sobre el problema del derecho natural. Buscamos una fuente de la que salgan a la vez las sentencias y los textos legislativos (puesto que las mismas leyes tienen una fuente). Ya es hora de que le demos su nombre; lo que está más allá del derecho positivo puede ser llamado *derecho natural.*

Todavía no hemos salido de la fobia contra el derecho natural («*Naturrechts phobie*») que, desde Bergbohm («*Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*», 1892) había acompañado el auge del positivismo científico.

Esta expresión ofrece la curiosa particularidad, de que casi se la puede aplicar a cualquier filosofía. Desde el siglo XVI al XVIII, quedó clasificada por la «Escuela moderna de Derecho natural», que situaba la fuente del derecho, más que en la naturaleza, en la razón del hombre *(Vernunftsrechts);* y la mayoría de nuestros movimientos de Renacimiento de derecho natural no son así en realidad más que otros tantos retornos al racionalismo jurídico. Pero también se avendría a calificar las doctrinas más opuestas. Es notable que los adeptos del positivismo científico la hayan recogido muchas veces por su cuenta. Montesquieu se apoya mucho en la «naturaleza de las cosas». Y sucede que Savigny, para quien el derecho es un producto espontáneo, natural del pueblo, o Ehrlich, que lo convierte en un fragmento de la sociología, se sirven de la misma palabra (*Natürliches Recht*) para califi-

car su propia doctrina. Ya no se sabe, pues, qué es lo que significa.

Erich Wolf intentó salir de esta confusión («*Das Problem der Naturrechtslehre-Versus einer Orientierung*», 1959). Sin demasiado éxito: porque enumeró una cincuentena de sentidos para el «derecho natural». No extraña, pues, su descrédito.

El concepto de derecho natural viene de Grecia. La expresión fue lanzada por los sofistas. Hay un germen en Platón (diálogo de las «*Leyes*») y completa, en Aristóteles («Etica a Nicómaco», libro V), una filosofía del derecho natural. Sto. Tomás la recoge en su *Summa* (IIa IIae qu. 57 y s.).

No parece que antes de la crisis de escepticismo de los tiempos modernos (Montaigne, Hobbes y la aparición del positivismo jurídico), la opinión común haya dudado de la existencia de un derecho natural. Ni siquiera los sofistas a los que Platón hace hablar en su *República,* y que niegan la justicia de las leyes, pero no el «derecho de la naturaleza». La existencia de un derecho natural es afirmada en el *Digesto,* desde el comienzo (libro I, título I, fragmento 1) y en la *Instituta.* Aunque no se haga un uso frecuente de esta palabra (podremos explicar por qué), se trata de una noción recibida e indiscutida durante largo tiempo. Los juristas, mientras fueron educados en la tradición romana, jamás dudaron de su *existencia.* Pero ¿en qué sentido la entendían?

195. SENTIDO DE LA PALABRA NATURALEZA. No tendremos posibilidad de comprender nada sin recurrir a la historia de la filosofía. Erik Wolf empezaba por hacer notar cuán diversas son las acepciones de la palabra *naturaleza* (*Natur als Originalität - Natur aus Kausalität - Idealität - Kreatürlichkeit - Realität,* etc...).

No hay problema más filosófico. Henos aquí obligados a abordar el corazón de la filosofía clásica, la *ontología,* ciencia del ser, de la estructura de los seres, por lo menos de los seres «naturales».

La explicación de esta palabra *naturaleza* que tantos sentidos diferentes ha de tomar en el transcurso de la historia la vamos a buscar primero en Aristóteles. Las fuentes no van a faltarnos. Pues Aristóteles concentraba su ontología sobre todo en los «seres naturales» del mundo «sublunar». Pocos términos reaparecen con mayor consistencia a través de su obra. En el libro 4 (*Delta*) de su *Metafísica*, diccionario de los principales términos de la filosofía, Aristóteles busca una definición de la naturaleza. Claro que también lo hace en su «Física» (*ta physika*, o estudio de las cosas naturales), obra cuyo objeto es de una amplitud que no se ha de pedir a los modernos tratados de Física. Existe de ella un precioso comentario de Heidegger (*Sobre la esencia y el concepto de Physis* - Aristóteles, *Física* B1).

Allí descubriremos la clave del concepto clásico de *derecho natural;* y también una respuesta a las objeciones planteadas en nuestros días contra su existencia.

Esbozo histórico. Uno de los caracteres del pensamiento moderno es que, al haber abandonado la ontología, ha renunciado a formarse del ser una visión de conjunto. El mundo ha sido recortado en diferentes esferas, cada una de las cuales se ha de convertir en el objeto de un género de estudio propio. El mundo «de los *hechos*» será el objeto de la ciencia en sentido estricto. Estará separado del Deber-Ser, materia de la moral. Acontecimiento filosófico que será benéfico para el auge de las ciencias modernas especializadas, pero fatal para el derecho. Pues los modernos ya no sabrán considerar más que unas ideas claras y distintas, cada una de las cuales no representa más que un fragmento del ser. Pues para ellos el ser se ha *desintegrado.*

Repercusiones sobre la palabra *naturaleza:* hoy ya no poseemos un concepto unitario de naturaleza. El término ha *estallado* en sentidos aparentemente heterogéneos, cada uno de los cuales no evoca más que un aspecto de la realidad. Basta para asegurarse de ello con hojear el diccionario.

La Metafísica de Aristóteles nos ofrece otra visión del mundo: noción *unitaria* de la naturaleza (aunque el término se preste a diferentes acepciones según los contextos). La naturaleza es el mundo real (al menos sublunar). ¿Y qué se ha de entender por *realidad?* La realidad se compone de *todo* lo que existe ante nuestra conciencia. El filósofo trata de abarcarla toda entera. Es especulativo, y se abre a todo: su mirada desinteresada se extiende sobre la totalidad del ser que existe ante nosotros.

La «naturaleza» de los clásicos es así un campo infinitamente vasto. Para recuperar su concepto, tendremos que restituirle aquello de lo que los modernos la han vaciado: su amplitud, su riqueza, incluso su misterio.

Artículo I

SOBRE LA EXTENSION DEL CONCEPTO CLASICO DE NATURALEZA

Las «ciencias naturales». ¿Por qué la mayoría de nuestros contemporáneos se ven obligados a ironizar sobre el derecho natural? Tomemos el ejemplo de Kelsen, uno de sus adversarios más encarnizados Desde el principio de su *Doctrina pura,* va a barrerlo con su mano de un revés. Por esta primera y simple razón: las ciencias de la naturaleza nada tienen que decir del orden social.

Kelsen confiesa, por eso mismo, su dependencia con respecto a la ontología que hemos llamado cartesiana. Para la comodidad de la ciencia, el cartesianismo separa del mundo del espíritu, al mundo de los cuerpos, al cual le reserva gustoso el epíteto de natural. Los modernos propenden a conferir a la palabra naturaleza una extensión muy limitada.

¿Cuáles son «las ciencias de la naturaleza»? La *Física,* habida cuenta de que la palabra Física no es otra cosa

que un duplicado, sacado del griego, de la palabra naturaleza. Y la Física moderna no trata más que de objetos materiales. Verdad es que también serán «ciencias naturales» la botánica y la zoología; pues Descartes quería que las plantas y los animales fuesen tratados como máquinas. Las ciencias de la naturaleza se detienen ante lo *infrahumano,* ante los objetos inertes y sometidos a unas leyes fijas que son llamadas «naturales» porque se las habría dado el Creador. Cabría postular en todo ello un determinismo. La Física está en él a sus anchas.

Mientras que a los productos del espíritu les corresponde un estatuto absolutamente distinto, el suyo es el dominio de la libertad. Y en él es apropiado otro tipo de conocimiento. En la línea de la ontología cartesiana, la filosofía alemana de fines del siglo XIX opone a las ciencias de la naturaleza (*Naturwissenschaften*), las ciencias del espíritu (*Geisteswissenschaften*) que deben usar otros métodos y perseguir, no la explicación (*Erklärung*) sino la íntima comprensión (*Verstehung*) de los pensamientos de los hombres por los cuales se haría la historia. Nacerán así, muy diferentes de las ciencias físicas, las ciencias de la historia o de la cultura (*Kulturwissenchaften*) o las que se dedican a las leyes internas de la Razón humana, las ciencias «normativas»: estética, moral o lógica.

Kelsen, prisionero de este movimiento filosófico, dedujo de él la condena para el concepto de derecho natural.

196. EL HOMBRE EN LA NATURALEZA. Para la filosofía clásica, de la cual ha salido el lenguaje del derecho, es más amplia la extensión del concepto de naturaleza. El hecho no escapa a ningún lector de Aristóteles. Pues Aristóteles hace intervenir la *physis* en todas sus obras: tanto en las que tratan del hombre y su psicología, sus costumbres, sus instituciones —el tratado del alma, la Etica, la Retórica, la Política, etc...— como en su libro sobre la Física. Y su concepción de la Física no implica esta separación que ha llegado a sernos familiar, entre las ciencias naturales y las ciencias del «hombre».

Ciertamente, entre las cosas humanas, las hay producidas por nuestra acción *(techne);* llevan la marca de la voluntad de los hombres que las han puesto *(thesei).* Pero otra gran parte de lo que somos y lo que vivimos es «según la naturaleza» *(physei).* Nosotros mismos estamos sometidos al imperio de un orden natural.

Nuestros cuerpos no difieren mucho de los demás animales, y dependen también de la biología. Pero el cuerpo no está radicalmente separado del *espíritu.* Si envejezco, no quiero decir sólo que pierdo mi cabello, sino la memoria, el estilo: todo ello como efecto de un orden natural. Cuya prueba está en que a través de la Psicología, descubrimos los caracteres, los modos de vivir, y en todo ello tanta constancia, tanta regularidad. A la edad de quince años a todos les acaece enamorarse; en todas las familias se producen escenas conyugales o conflictos generacionales; por todas partes encontramos el coraje, la cobardía, la estupidez y la inteligencia, la templanza o la borrachera: otros tantos fenómenos *naturales.*

«*Naturaleza del hombre*». Observamos aquí que, en sus comienzos, la Escuela *moderna* del «derecho natural» insistió sobre la idea de *naturaleza del hombre:* una de las múltiples acepciones que de la palabra naturaleza habían sobrevivido, pero relativamente empobrecida con respecto al uso de la Antigüedad. Se estaba en la edad del *esencialismo,* debido muy ampliamente al éxito de la filosofía de Duns Scoto. Bajo el nombre de naturaleza del hombre, se concebía una *esencia* común a todo hombre, y definida de una vez por todas, de la cual podría ser deducido el derecho: «el hombre» es naturalmente sociable, y «Dios le ha dado una *naturaleza* tal, que él está hecho para coexistir con sus semejantes». De ahí se deducirían estas reglas de que no debe robar, de que está obligado a reparar los daños cometidos por su culpa, etc. Preceptos que también cabe decir que se han sacado de la *Razón.*

Esta filosofía da la mano al racionalismo jurídico, porque la razón estaría en el seno de la naturaleza del

hombre. Hoy en nuestros movimientos de «renacimiento del derecho natural», y en la mayoría de los neo-tomistas, no ha desaparecido la creencia de que el derecho natural se inferiría de la «naturaleza del hombre».

Empresa condenada de antemano, pues las proposiciones jurídicas no apuntan al hombre en particular, sino a las *relaciones* entre los hombres. De una definición de «el hombre» se debería prohibir extraer ninguna solución jurídica.

197. LOS GRUPOS HUMANOS EN LA NATURALEZA. En Aristóteles no se encuentra más que una concepción de la «naturaleza» genérica del hombre, por la cual se distinguiría éste naturalmente de los demás; pero referida a la diversidad de los hombres: machos y hembras —que no son idénticas a los machos, a menos de que las sofisticaciones de Simone de Beauvoir no les haya quitado su feminidad natural—, viejos y adultos, sabios e imbéciles. El orden natural rige también esta diversidad.

Contrariamente a la teoría de los nominalistas (aunque Guillermo de Occam se creyera discípulo de Aristóteles), un ser natural no es simple, y entre los seres hay algunas relaciones. No basta con observar a cada uno de entre ellos aisladamente, pues son las partes de un conjunto.

Están ordenados en *géneros* y *especies* que tienen también su realidad, tal como lo reconocía Scoto (no existen sólo los individuos, sino «el animal», «el hombre» y el conjunto de los «universales», que Aristóteles llama «substancias segundas»); y están unidos entre ellos por unas *relaciones* naturales.

Para la ciencia moderna constituida bajo el imperio del nominalismo, en la naturaleza no se dan más que cosas o hechos individuales: las relaciones entre estos hechos, aquello de lo cual están formadas las leyes científicas, serían invención del sabio, producto del pensamiento humano. Se exalta así el poder del espíritu humano llevado a su culmen por la filosofía kantiana.

Familias naturales. Por el contrario, Aristóteles observa la existencia de *comunidades*, es decir, de relaciones naturales. Primero la familia. Es cierto que ella cambia a través del tiempo, como cambia todo ser de la naturaleza. Tan pronto es amplia, como se reduce a un grupo mínimo. Si se ha de creer a algunos, habría libertad para fabricar formas inéditas de comunidades familiares, parejas homosexuales, esos grupos juveniles en los que, como están excluidos los enfermos y las personas de edad, tan cómoda es la vida... Hoy, en el sistema individualista, y para una militante del M.L.F., lo «natural» es hacer el amor sin que importe cuándo, ni con quién, pero sin el riesgo de cargarse de hijos. Pero en el hombre no sólo es natural la libertad, y la familia tiene vida duradera. En el *British Museum* hay una carta de un hijo a su padre, escrita en un pergamino egipcio que data de algunos milenios... Y que es casi la misma que se escribiría en el siglo XX en una familia americana.

Ciudades naturales. Lo que acabamos de indicar de la familia, Aristóteles lo dice de la *ciudad*. ¿Sería el grupo político una invención de los hombres aislados primitivamente en «el estado de la naturaleza»? Se nos quiere hacer creer hoy —y es vestigio de las doctrinas del Contrato social— que seríamos los únicos autores de las estructuras de nuestras sociedades, dueños así de escoger entre la sociedad socialista, o la «liberal-avanzada», o cualquier otro modelo de sociedad.

En verdad, el orden político, más que una producción voluntaria y libre del hombre, es el efecto de fuerzas que nos superan. Claro está que tiene un origen, que es histórico, lo cual no le impide ser natural. Hay en él, naturalmente y casi por todas partes, ricos y pobres, intelectuales y obreros manuales, gobernantes y gobernados. Incluso es muy natural que nazcan en las sociedades los organismos judiciales y que en ellos se formen costumbres jurisprudenciales. No hay tantas diferencias entre las sociedades humanas (aunque ellas tengan más diversidad), y las agrupaciones de castores o de abejas. Pues

el orden natural abarca también la vida política y el derecho.

* * *

Sobre este primer punto, en el siglo XX, ha ganado la partida la filosofía clásica, en contra de la arbitraria dicotomía que la filosofía moderna hacía entre la naturaleza y la historia.

El acontecimiento que desde hace dos siglos renueva la vida científica es que el modelo de las ciencias «naturales» se ha introducido en las ciencias del hombre; que en psicología, antropología, etnología y política se han descubierto cantidad de leyes análogas a las de las ciencias físicas. Las diferencias entre estos dos campos se están, así, esfumando.

El universo de los naturalistas, e incluso el de los físicos, es desde ahora evolutivo, su «naturaleza» casi es animada. Si hemos de creer a Raymond Ruyer, en la «*gnosis de Princeton*», los más grandes sabios de América postulan allí la existencia de un alma. E inversamente, las ciencias humanas han descubierto, en el hombre y en las sociedades humanas, un determinismo natural. Y al romper con el principio, de inspiración nominalista, de que las sociedades serían construcción voluntaria de los individuos, se está descubriendo la anterioridad de toda la estructura social con relación a sus elementos. Surge la *Fisiocracia* —que trata ya, con Mercier de la Rivière, del orden natural de la *sociedades*—. La Física social, la sociología y la psicología colectiva, la antropología estructural, y los filósofos recobran la consciencia de esta verdad: no hay existencia humana fuera de las comunidades. Se nos acusa de «*pasadismo*». Pero ¡cuántas obras hoy de moda, podría yo citar para demostrar la actualidad de la antropología de Aristóteles! La objeción de Kelsen es retardataria.

Por ello no iremos evidentemente a concluir que sea aceptable la concepción que el sociólogo tiene de las fuentes del derecho. Ya señalé antes su debilidad. Pero de

ello se sigue que el «naturalismo» contemporáneo es un retorno a la plenitud de la *comprensión* de la idea clásica de naturaleza.

Artículo II

CONTENIDO DE LA IDEA CLASICA DE NATURALEZA

Volvamos a Kelsen, demoledor del derecho natural. He aquí el más conocido de sus argumentos: la oposición —que él supone instituida por Kant—, entre dos especies de ciencias. Las ciencias de la «naturaleza» se ocupan de la realidad tal como es. Mientras que las ciencias «normativas» tienen por objeto un *deber-ser*.

El derecho corresponde al campo de las ciencias «normativas», se refiere al mundo de los *valores*. Todo valor, según Kelsen, presupone una evaluación. No hay valor sin una *norma* que aporte a una conducta humana la cualidad de buena o mala. Y la norma por la cual juzgamos que tal cosa debe o no debe ser, no depende de la naturaleza, sino del espíritu de un legislador.

Variante, tomada de Jean Paul Sartre: las cosas «en sí» no tienen ningún *sentido*. Sólo mi «proyecto» les da un sentido: Francia decide fabricar electricidad con el uranio. El uranio se hace entonces útil, adquiere un valor; el valor nace de nuestras decisiones.

Inferir de la experiencia de los hechos, de cualquier conocimiento adquirido acerca de la *naturaleza* de las cosas, unas soluciones jurídicas, sería una falta evidente contra la lógica: *naturalistic fallacy*, violación de la ley de Hume, un salto indebido, como decía Poincaré, del indicativo al imperativo. De que los franceses defrauden al impuesto, yo no puedo deducir que, en derecho, el impuesto no deba ser pagado.

Este es el error de la antigua doctrina del derecho natural. No hay más *fuente* para el derecho que el hombre, su juicio, su razón o su voluntad; tan vano es soñar con un derecho extraído de la naturaleza, como buscar sentimientos de valor en un montón de piedras.

Esta argumentación de Kelsen vuelve a testificar sobre su desconocimiento de la noción clásica de naturaleza.

198. El cambio en la naturaleza. Primeramente: estamos habituados a asociar a la palabra naturaleza la idea de *inercia*. Las cosas físicas se distinguirían por su inercia: los astros no girarían, si Dios no les hubiera dado un empujón inicial, comunicándoles un movimiento que desde entonces es constante: las leyes naturales son inmutables.

En cuanto a las «naturalezas» del esencialismo (la «naturaleza del hombre») nada hay más estático y fijado definitivamente.

Por el contrario la Física de Aristóteles estaba fundada sobre el movimiento (*kinesis*). Tenía por objeto el movimiento, tomándose este término en sentido amplio: no sólo movimiento «local» (transferencia en el espacio), sino, en general, *cambio*, alteración cualitativa — génesis, crecimiento y «corrupción».

También existen seres inmutables: los entes matemáticos (el círculo, el cuadrado) que son seres de *razón*. O los *astros*, cuyo curso «circular» era tenido por invariable: se les atribuía una esencia divina. Por eso la astronomía no formaba parte de la Física de Aristóteles.

Sólo que el signo de Aristóteles es dirigir su máxima atención al mundo de aquí abajo, «*sublunar*». Y las cosas naturales (*ta physei onta*) del mundo sublunar tienen por carácter específico la movilidad.

Movimiento interno. Paradigma, la *planta:* una planta nace brotando de una semilla y produce una rosa, que muere.

«Las! voyez comme en peu d'espace
Mignonne, elle a dessus la place
Las, las, sa beautez laisse cheoir»

«Brotar» se dice, en griego, *phyein* —y de ahí deriva *Physis*, que evoca el crecimiento, el brote, el principio del desarrollo. El ser natural no es un *hecho* (científico) ya cumplido (*factum*), al que se coge una vez muerto. Sino un ser vivo y corruptible.

Concretemos: la cosa natural se mueve, cambia por sí misma. Aunque el crecimiento de la planta está condicionado por el clima, las estaciones, el sol y la lluvia, primero está regido por una fuerza *interna*. Aquí reside la oposición entre la génesis espontánea de las cosas naturales y la producción de los objetos *artificiales* que nosotros fabricamos, cuyo movimiento está gobernado por una causa externa.

La Física de Aristóteles hacía este mismo análisis de todas las cosas de la Física: del fuego, que por sí mismo tendería a elevarse hacia lo alto; y de los cuerpos pesados, que caerían hacia lo bajo, en tanto en cuanto no hallasen resistencia o no se detuvieran al término, que es su reposo. Este dinamismo existirá también en el hombre, y en los grupos humanos —familia o ciudad— en cuanto que son naturales.

Entre paréntesis, estos principios de la Física aristotélica (con los cuales habían roto Descartes y la ciencia del siglo XVII), no están en modo alguno pasados de moda. En ciencia natural, vigente en la genética (tema del *programa* que cada ser vivo y cada germen llevaría en sí). Incluso quizá están a punto de ganar la Física. Tuve la ocasión de asistir a una reunión de físicos en los Estados Unidos y quedé sorprendido cuando oí decir que la ontología de Aristóteles les parecía tan estimulante, como caduca la de Descartes.

199. El «Telos» en la naturaleza. Recordemos algunos rudimentos de esta *metafísica:* el *ser* de la Natu-

raleza no es simple, puesto que se halla en movimiento, en tensión de un estado al otro; está compuesto de privación (*steresis*) o de plenitud posible; de potencia (*dynamis*) y de «acto». Aristóteles lo analiza por comparación con un producto del arte humano, con una estatua que está hecha por cuatro «causas»: causa *material* (la arcilla con que se fabricará la estatua); causa *motriz* (el escultor); causa *formal* (la forma que el escultor da a la estatua); y causa *final* (el objetivo hacia el que tendía su trabajo).

Entre estas causas, observaremos la preeminencia, en el ser natural, de la «causa *final*». Por otra parte parece como si se confundiera con la forma (*morphe-eidos*), por ser esta forma el mismo fin perseguido. O con el *por qué* del movimiento de las cosas (*dioti*). En un sentido, es la primera, como anterior a la génesis de la cosa: el padre, que tiene la «forma» del hombre llegado al estado adulto, es anterior a su hijo. Precede a su *nacimiento* (que evoca la palabra «*natura*»). Este es «el ordenamiento original de los cambios de las cosas» —dice Heidegger traduciendo el texto de Aristóteles. El «*programa*» inscrito antes de sus nacimientos en una gota de ADN, como dirían hoy los genetistas.

A partir del siglo XVII, la ciencia moderna quiso economizarse las causas finales. Bacon las había apartado y calificado de «vírgenes estériles» (§ 110). No les servían a los técnicos, cuyo propósito era el de fabricar unas máquinas; para ello les bastaba con estudiar las causas eficientes.

Con la gran mayoría de los biólogos contemporáneos, el *best-seller* de Jacques Monod excluye al *finalismo* del estudio de los seres vivos. Reconoce que estos organismos están maravillosamente ajustados, que parecen unos artefactos, que tienen apariencia «teleonómica». Pero este logro pasmoso que es nuestro aparato digestivo, sexual, cerebral, etc... sería obra del «azar». (Es como si una máquina de escribir, tras una multitud de ensayos, hubiera llegado por azar a escribir la Iliada). Como la natura-

leza es «material», no puede tener un fin; sólo el hombre, ser racional, es el que puede dar un *sentido* a las cosas...

Muy otra es la *Física* de Aristóteles. Para él, el dinamismo de las cosas no se explica sin un fin: *telos*, y su movimiento incluye un sentido. Los teólogos lo explicarán por el gobierno de Dios sobre el mundo (en toda situación, el cristiano ve la mano de la Providencia). Aristóteles se contenta con *observar* que hay orden y tendencia al orden.

200. EL BIEN EN LA NATURALEZA. Corolario: luego en el seno de la naturaleza, de las cosas naturales, dinámicas y del «ordenamiento originario de su movimiento», hay un *bien*, hay un valor. Lo cual es escandaloso para el espíritu científico moderno: porque nosotros estamos preparados para concebir un mundo de los «valores» separados del mundo de las cosas. Y los «valores» resultarían así de nuestra evaluación, de nuestra decisión libre; serían la obra del espíritu humano.

Mientras que para Aristóteles las cosas tienen un fin hacia el cual tienden, y este fin se identifica con una *forma, morphé*. ¿Qué es una *forma?* Un ser complejo, tejido de *relaciones*, esa estructura que es una rosa, o nuestro aparato neuro-cerebral.

La doctrina de Aristóteles escapa al nominalismo —que no reconocía existencia natural más que a los átomos simples. No hay más «valor» que el *relacional*. Si, por imposibilidad, yo considero una mercancía separadamente, haciendo abstracción de que ella es intercambiable con otros bienes, no le atribuiré valor. Su valor está en su relación con otras mercancías, en particular con el dinero. Si yo tomo aislada una sola nota del *Don Juan*, de Mozart, no encuentro en ella ninguna belleza; la armonía reside en el acuerdo y en la proporción entre los timbres y las notas. No es un bien que el virus de la gripe alcance su máximum de desarrollo pero puede serlo para el conjunto del organismo (por equilibrio entre este virus y los anticuerpos); y para el universo, que totaliza una pluralidad de organismos.

El *Telos* de los seres naturales es un *orden* que, por sí mismo, es Bien (*agathon*). Lo cual se *observa:* la simiente produce un árbol, unas flores y unos frutos. El hombre empieza por ser un feto; y este feto se transforma, a través de la infancia y de la adolescencia, en un Apolo o en una hermosa muchacha; en algo *mejor* que el feto.

Verdad es que pocos seres alcanzan este perfeccionamiento total, y que si lo han logrado, tanto el hombre como la planta, vuelven a alejarse de él. Habrá así envejecimiento y muerte. Pero el valor de la belleza lo hemos percibido en la rosa plenamente abierta; o, puesto que pocas plantas acceden a este perfecto desarrollo, ella es el polo, hacia el cual comprobamos que se halla imantada.

Ens et bonum convertuntur. No hay pues que separar «el ser» y el «deber ser»; sino al contrario, identificar el bien con el ser.

En la *Summa* de Sto. Tomás, subrayemos esta fórmula: *Ens et bonum convertuntur.* Significa que esos dos términos se pueden usar indiferentemente, porque hay coincidencia entre el bien y la plenitud de realización del *ser.* Mientras que el mal es una falta de ser. Si yo soy miope, es que mi ojo no ha llegado a esa plenitud existencial que estaba inscrita en su programa, a la forma que en él se hallaba en *potencia* de realizarse. Tanto a un feto abortado, como a una planta que no se ha desarrollado, les ha faltado pasar de la «potencia» al «acto».

Bonum est in re. Esta es otra máxima de Sto. Tomás, que hemos puesto en *cursiva*: pues da la clave de la noción clásica de derecho natural. *Bonum est in re.* El bien o las bellezas son cualidades *inherentes* a la misma realidad. Para existir, prescinden de nuestra evaluación.

Una montaña no es menos bella porque nadie haya habido hasta ahora para admirarla. Hay bellezas en los lejanos planetas que todavía no han sido visitados. Esta botella de vino no es, en absoluto, buena porque yo me

deleite con ella, sino que yo me deleito con ella porque ella es buena. Y si el *Don Juan* de Mozart es hermoso, eso no depende (como parecerían creer ciertos sociólogos) de que el público lo aplauda, sino que es representado con taquillas agotadas porque es bello *en sí mismo*.

El bien es parte integrante del ser, como su causa final o forma. Pero entonces, ¿qué puede haber más normal que tratar de conocer el bien por la observación de la naturaleza? La doctrina del derecho natural, tradicional en los juristas, es lógicamente irreprochable.

Incurriremos en el furor de los positivistas, que persisten en repetir machaconamente la ley de Hume, que prohibe inferir el *Sollen* del *Sein*. Pero la debilidad de su argumento está en sus premisas: pues han empezado por *vaciar* la naturaleza y el ser de su tenor axiológico. En el ser y en la naturaleza concretos hay algo más que el hecho científico.

Basta con reintegrar la antigua visión realista de la naturaleza, con devolver a la naturaleza ese «valor», del cual le habían *amputado* arbitrariamente los modernos, para que aparezca la vaciedad de las críticas de los positivistas.

Artículo III

SOBRE LAS CONTINGENCIAS DE LAS LEYES DE LA NATURALEZA

Para terminar este análisis de la idea clásica de naturaleza, volvemos a emplear el título adoptado por Emile Boutroux, cuando hace cien años, en su tesis, combatió el prejuicio del «determinismo». Pues resulta que tenemos razones de gratitud para con este autor y así le tributamos homenaje.

El último reproche que hoy se hace a la teoría del derecho natural es que de nada serviría reconocer su exis-

tencia *ontológicamente*. Porque no tendríamos ningún medio de descubrirlo. Es una cuestión de *gnoseología*.

Aunque el valor de la belleza estuviera incluido en un paisaje —producto natural—, o el valor de la justicia en la ciudad ateniense, en tal o cual momento de sus historias, ¿de qué servirá eso, si yo no dispongo de ningún método científico para discernirlos?

La prueba de la inutilidad científica de las causas finales (esas «vírgenes estériles») es la universal *discordancia* de los juicios de valores. De gustos y de colores no se discute. Suelo encontrarme con aficionados a la pintura abstracta, y con otros que le son alérgicos. Es un asunto, para cada uno de ellos, de mero sentimiento. En el discernimiento de los valores vuelve a introducirse así forzosamente el valor *subjetivo*.

Y, sobre todo, allí donde jamás se consiguió una *communis opinio*, que es acerca de la justicia: «Valiente justicia, a la que pone límites un río». «Verdad más acá de los Pirineos, error más allá». Argumento este del *relativismo*, que desarrollaron Montaigne y Pascal, volviendo a enlazar con las tesis escépticas o pirronianas de la Antigüedad. Ha servido de mucho para destruir la antigua creencia de los juristas en el derecho natural.

201. UNA NATURALEZA REBELDE A LA CIENCIA. Ya hemos anotado anteriormente lo que hay de verdadero en ese argumento (§ 173 y 174): la imposibilidad de una *ciencia* del derecho natural.

Una ciencia concreta, como los modernos empezaron a constituirla, se construye sobre unas ideas *simples* y perfectamente definidas, sobre las cuales quepa efectuarse cálculos matemáticos o inferencias rigurosas: así los átomos de los nominalistas; o las ideas claras y distintas tan queridas por Descartes; o las máximas prácticas de la Razón pura, de las cuales se dedujeron las ciencias normativas.

Una proposición científica, puesto que está *fijada* por escrito, para ser adecuada al objeto que pretende descri-

bir, presupone un objeto *constante*. Tales habrían sido el curso de los astros, —para los astrólogos de la Antigüedad—, el mundo de los dioses, el de las matemáticas o el de las ideas platónicas. Pero no hay nada de eso, en la *physis* aristotélica.

Es la naturaleza del «mundo sublunar», concreta, sujeta al cambio. Lo vimos ya anteriormente, todo oscila en ella entre materia y forma, todo se mueve allí de la «potencia» al «acto», y recíprocamente. Todo nace, crece o muere. Siempre sin contar con que van a intervenir, además del dinamismo natural que dirige a cada ser natural hacia el cumplimiento de su forma, el «azar», la «fortuna», unos accidentes *contingentes* e imprevisibles. Aristóteles les ha consagrado largos análisis en su *Física*.

También hay fracasos de la naturaleza, y por eso encontraremos allí a los *monstruos*, a los niños sordomudos o hidrocéfalos. Las cosechas son normalmente buenas, salvo el riesgo de la sequía o de la inundación. Gran número de semillas no germinan. De ahí el carácter incierto de la Física de Aristóteles.

Pero los obstáculos que se oponen a la constitución de una ciencia definitiva de la naturaleza todavía se van a multiplicar, si abordamos el sector de las cosas humanas. En esta esfera, hay que tener en cuenta un elemento perturbador: la intervención *libre* del hombre en el seno de la naturaleza. Una libertad de la que usa mal: y ese es el tema del pecado original, para la teología cristiana.

Cuando los románticos nos invitan a refugiarnos en el seno de la *Naturaleza*, han conservado, en contra de los sabios modernos, el sentimiento del valor y de la belleza de la naturaleza, que en una edad de oro incluía a los hombres, y que ya no es más que fealdad y corrupción.

Pero si acaece que una planta llegue a la forma acabada de una rosa, el hombre no crece derecho. El Desorden golpea en las cosas humanas. En ellas pululan el orgullo, la injusticia y todas las formas de *desmesura* que constituyen la materia de las tragedias griegas. En lenguaje cristiano, los pecados. Sin duda que ellos mismos contribu-

yen también (*etiam peccata,* dice S. Agustín), al orden divino providencial. Pero entre tanto, siguen siendo desórdenes.

Sto. Tomás, cuando trata del derecho, no se cansa de observar que la «naturaleza humana es mudable» (IIa IIae, qu. 57 y s.). En uno de los raros textos teóricos que han subsistido de Aristóteles sobre el derecho natural, es esta la primera objeción que él se hace a sí mismo: mientras que «en los dioses» existen cosas invariables —con las cuales cabría hacer «una ciencia»— y mientras que «el fuego arde del mismo modo en Persia y en Grecia», no sucede lo mismo «entre los hombres». Las costumbres, las relaciones sociales, la organización política son distintas en Grecia y en Persia. «Los derechos» son cambiantes; lo mismo, concreta Aristóteles, el derecho natural que el derecho positivo (*Ampho Kineta*) (*Et. Nic.* V, 1134 b).

Pero esta objeción no le detiene.

202. Apertura de la naturaleza a la dialéctica. Pues a diferentes especies de seres, corresponden —según Aristóteles— diferentes modos de conocimiento. Un texto ya señalado distingue tres especies de objetos. Existe, primeramente, el universo de los seres *invariables* (el curso de los astros, las cosas divinas o los seres matemáticos) formas perfectas e inmutables, únicas enteramente inteligibles: de estas cosas es posible una ciencia.

En el extremo opuesto, está el caos de la materia bruta, las cosas contingentes e imprevisibles; sobre ellas no cabe teoría.

Pero, entre ambas está la *naturaleza*: los objetos del mundo «sublunar», que *tienden* hacia su fin, forma inteligible, sin jamás alcanzarlo ni concretarse definitivamente; situados siempre a mitad de camino entre acto y potencia. Es el mundo imperfecto de aquí abajo. Zona de claroscuro, habitada por formas fugitivas, proteiformes, inacabadas. No somos capaces de reconocer en ella más que lo que acaece «lo más *a menudo*» (*epi to polu*). Ejemplo ofrecido por Aristóteles en el antedicho pasaje de la

Etica: lo normal es que el hombre use su mano derecha, pero hay hombres que se sirven igual de la mano izquierda.

No será posible discernir en ellos más que lo que parece tender al *telos*, a ese «justo medio» del cual, en realidad, se aparta uno siempre a la derecha o a la izquierda.

Aquí está el lugar de la *dialéctica* (*supra*, § 159).

203. APLICACIONES. Renunciemos, pues, a obtener del derecho natural un saber perfecto, científico. Pero sin caer en el otro extremo. No queda excluído cierto grado de conocimiento *objetivo*, de todo eso que nos importa en la naturaleza, el bien, lo bello, lo justo, todo lo que los modernos han entregado bien al dominio de la Razón pura, bien a las opciones irracionales, o a los «proyectos» libres y gratuitos de los individuos. Montaigne y Pascal, por afán de efecto literario, exageran el estado de ignorancia en el que nos hallaríamos respecto de estos «valores».

1.° Como lo prueban las *bellas artes*. (Que no tocan precisamente nuestro tema).

Pues no diremos que el artista fabrica lo bello, y que el arte sea «creatividad». Es percepción de una belleza que reside *in re*, en las cosas, «imitación» de la naturaleza. El escultor empieza por observar unos efebos o unas vírgenes griegas, y de ellos saca un Apolo o una Afrodita. Leonardo de Vinci, para pintar a la Gioconda, tuvo un modelo natural. Messiaen imita los cantos de los pájaros, un pintor abstracto decía que su pintura reproducía algo de las formas y colores de las nubes vistas desde un avión.

El artista capta la belleza *en* esos modelos naturales.

2.° ejemplo, los Tratados de *Lógica* de Aristóteles: están inducidos de la observación del razonamiento, en varios campos, retórico, científico, y filosófico. Como hoy la «Pragmática», la lógica de Aristóteles trabaja sobre el dato de la experiencia.

Se esfuerza en discernir *en* esos modelos naturales las *formas acabadas* correspondientes a cada especie de razo-

namiento: que son apodícticas en la ciencia, lo más persuasivas posible en la retórica, o conducentes al más alto grado de verosimilitud en la dialéctica.

3.º Por fin, la *Etica.* La de Aristóteles no es un sistema normativo apriorístico, de reglas deducidas de la Razón (del «imperativo categórico»), ni del Decálogo, sino una deducción de las costumbres (*Ethika*). Al observar las costumbres de su tiempo, por vía de confrontación dialéctica, Aristóteles reconoce en ellas las formas más perfeccionadas: al político Perícles como modelo de prudencia, o a Sócrates como modelo del sabio, o a los borrachos de la calle, como modelos de la intemperancia. Pinta el cuadro de los vicios y de las virtudes que ofrece el *espectáculo* de la naturaleza.

Y, como la naturaleza no está hecha de individuos aislados, sino juntos en una ciudad, y de las *relaciones* existentes entre sus partes, se puede llegar, por los mismos medios, a un conocimiento del *derecho natural.*

CAPITULO III

LOS FUNDAMENTOS NATURALES DEL DERECHO

Es tiempo de cerrar este paréntesis sobre la idea de naturaleza. Pero, ¿cómo reencontrar el sentido de la tradicional expresión «derecho natural» —derecho extraido de la naturaleza, *physei*— sin comenzar por la palabra naturaleza?

Llegamos al *derecho* natural. Este término tenía ya en la Antigüedad varios usos. Buscaremos lo que significa en la filosofía clásica: la cuestión de las fuentes es estudiada por los filósofos, mucho más que por los juristas, absorbidos por la búsqueda del *quid juris* (§ 8), y para los cuales la teoría del derecho no será nunca otra cosa que su violín de Ingres.

Artículo I

EL DERECHO NATURAL DE ARISTOTELES

En este momento, los historiadores plantean una cuestión previa: ¿*existe* un derecho natural en Aristóteles?.

Pues hay que reconocer que, excepto un pasaje de la Etica (V, 16), ningún estudio sistemático de la noción de derecho natural nos ha llegado de Aristóteles. Sólo que, dispersos a través de su obra, se hallan los elementos cons-

titutivos de esta teoría, y algo que es mucho más importante: una aplicación práctica de la misma.

204. DEFINICIÓN. Después del término de naturaleza, estudia Aristóteles el *derecho* (*to dikaion*). En el primer tomo de este Manual, incluimos sus definiciones (§ 38 y s.). Las cuales se aplicaron al derecho natural, que, sin duda, no es todo el derecho, sino la primera forma bajo la que el derecho aparece.

El derecho es una realidad. Consiste en una *proporción* (*ison* o *aequum*) que ha de existir entre las cosas cuando se reparten entre varias personas (§ 41).

Estas definiciones valen, primero y sobre todo, para el derecho *natural*. El derecho natural se asienta fuera de la razón humana, preexiste a la conciencia que tenemos de él. «No depende» de los juicios de los hombres (*Eth. Nic.* 1134 b). El derecho positivo procede del hombre. El derecho natural le es *dado* al hombre de antemano.

Bajo que forma, lo dijimos ya al tratar de la noción de naturaleza: en la vida interior de las ciudades naturales, hay toda una serie de *relaciones*. Por ejemplo en la ciudad de Atenas. Posee naturalmente una *constitución*, que no es un don de Atenea, ni la obra de Teseo, a pesar de la leyenda; sino que se ha formado espontáneamente. Implica que haya unas proporciones «justas» entre las partes de la ciudad —magistrados y simples ciudadanos, nobles, labriegos, negociantes y consumidores. Y ese es el derecho que preexiste en el seno de la «naturaleza»; cuya consistencia nada debe a nuestras convenciones positivas.

Una proporción justa —*id quod justum est. Bonum est in re*: la justicia está incluída en la ciudad de Atenas, no sin duda tal y como es ella de hecho en cada momento de su historia, sino como algo hacia lo cual ella se inclina, y que está en potencia de llegar a ser. Lo mismo que un biólogo sabe distinguir un ser normal, una flor perfectamente brotada, de un monstruo o de una planta marchita, el jurista intenta discernir la relación justa de la injusta.

Pero no se han de subestimar las dificultades de la empresa.

205. DIFICULTADES DEL CONOCIMIENTO DEL DERECHO NATURAL. Si la Etica y la Lógica nos parecían ya rebeldes a la ciencia (§ 201), ¡cuánto más lo es el derecho natural!

Este *ser* que constituye el derecho («ser se dice de varios modos») ofrece unos rasgos desconcertantes:

1.º El derecho consiste en una *relación,* no en una substancia. Hay algunas ciencias que se construyen sobre la definición concreta que se pueda dar de una substancia. Los moralistas han definido la «naturaleza del hombre», la esencia general del hombre. En Aristóteles se hallarán algunos fragmentos de una ciencia del «hombre», algunos silogismos «científicos» que toman «al hombre» como tema: El hombre es animal racional, luego también lo es Sócrates. Hay una ciencia de lo animal, de las diversas especies animales o vegetales, de los géneros de cuerpos.

También el derecho natural constituye una cosa, un «estante», pero de una especie compuesta y difícil de definir.

2.º Lo propio del derecho natural es llegar rara vez «al acto». No es posible seguir manteniendo hasta el fin la comparación que esbozamos entre la planta y el derecho natural. Porque gran número de semillas llegan a ser trigo, y el botánico puede observar en ellos su *forma* casi acabada. Se han convertido en un hecho comprobable. Pero ese no es el caso de los grupos sociales.

Habíamos admitido la existencia de una constitución de Atenas. No estaba escrita, no era obra de un legislador; existía naturalmente. Pero estaba siendo constantemente violada, por la entrega de la ciudad a los plutócratas, a los demagogos, o a los tiranos. En alguna parte he leído que estábamos enfermos quince días al año por término medio. Pero nuestras sociedades políticas están siempre enfermas. ¿Dónde podríamos captar, pues, su forma acabada?.

3.º Los grupos sociales son *móviles.* Y la ciencia no es concebible sino con respecto a seres relativamente fijos.

Nos está permitido dar unas definiciones permanentes del trigo, de la vid o de las especies animales —porque estas cosas se han mantenido idénticas a través de la historia. «El fuego arde en Persia igual que en Atenas» (*Eth. Nic.* 1134 b).

Pero, entonces, puesto que las relaciones jurídicas son distintas «en Persia y en Atenas» (*ibid.*) y se transforman a través de la historia, puesto que de ellas no existe ciencia en el sentido estricto de la palabra, ¿habrá que convenir en la vanidad del método del derecho natural?.

206. OTRO CAMINO. A lo cual habíamos ya contestado que el derecho natural es materia de conocimiento dialéctico. Pues así como sobre las ideas abstractas se construyen ciencias rigurosas, sobre lo justo no dispondremos inicialmente más que de *opiniones*. Lo cual no es un obstáculo para la dialéctica, sino precisamente su ocasión.

El ejercicio del arte dialéctico (*supra*, § 167) presupone la existencia de una *cosa*, sobre la cual hemos de interrogarnos. Realidad que, en un primer momento, nos es *desconocida*. La modestia de las pretensiones de la filosofía clásica está en los antípodas del orgullo del racionalismo moderno. Los jusnaturalistas modernos se envanecen de poseer el derecho natural en forma de máximas escritas. Pero lo escrito es el resultado positivo del trabajo de los hombres: el derecho natural no es resultado. Es el objeto sobre el que se discute. Se sitúa *al principio* de los trabajos de la ciencia del derecho.

No decimos precisamente que él sea su fuente, porque sólo una autoridad —Dios, la Razón, la Voluntad— podrían compararse a unas «fuentes» de las cuales manase el derecho como un río. El derecho natural es así el fundamento, la materia prima, de la cual se extraerá el derecho escrito —el objeto del debate jurisprudencial.

Tal es el método utilizado en la *Política* de Aristóteles.

207. APLICACIONES EN LA POLÍTICA DE ARISTÓTELES. Casi es esta ya una obra jurídica, aunque tenemos que esperar a los Romanos para que el derecho constituya un

arte autónomo. Pero la *Política* contiene en substancia un derecho constitucional, un derecho de las personas, matrimonial, de sucesiones, de propiedad, de los contratos. Es una obra de *derecho natural.*

En ella las soluciones no se deducen de los principios de la libertad o de dignidad de la «persona humana», o de una idea de la «naturaleza del hombre», como en la Escuela racionalista. El libro empieza por el examen y la confrontación crítica de las tesis de Platón, en su *República,* y de las de otros autores de doctrinas constitucionales; tesis que se contradicen. Se construye con observaciones, con encuestas sobre las costumbres de las ciudades, imperios o tribus salvajes. El Liceo había estudiado un centenar de «constituciones», entre ellas la de Atenas. Su objetivo era el de captar las *formas* «naturales» en cada ciudad, por una investigación dialéctica, a través de la diversidad de opiniones y de los ejemplos. He aquí algunas muestras de este trabajo:

1.° *La esclavitud.*

Existen algunos pueblos que la ignoran. Y en sentido contrario, ciertas ciudades en donde los amos tienen un dominio tiránico sobre los esclavos; en las que se convierte uno en esclavo por la fuerza y por el pretendido derecho de conquista. El orden es un término medio de entre estos extremos.

División de las clases. Aceptamos que hay patronos y que hay siervos, como aún no ha dejado de suceder en el siglo XX, por lo que de él conocemos. Pero sin que el amo goce sobre sus criados de poderes iguales a los que ejerce sobre su ganado, y sin que hombres dotados de discernimiento deban servir a necios. Tal es el matizado producto de la investigación de Aristóteles.

2.° *Los regímenes constitucionales.*

La observación ofrece ejemplos muy diversos de «constituciones» políticas (es decir de regímenes). Unas veces

es uno sólo el que gobierna; otras, más a menudo, es una oligarquía; o el partido democrático que representa la masa de los pobres. El examen dialéctico conduce a ese término medio, que es el régimen mixto, o *politia*, la constitución digna por excelencia de este nombre —la que procura a la ciudad el máximum de consistencia— al cual parece que Atenas se aproximó en algunos momentos.

Las conclusiones de la *Política* son, por otra parte, prudentes. Su método no logró comprobar que un mismo régimen fuera natural para todos los pueblos. Las estructuras constitucionales varían según los climas, la economía, el modo de vida: «La acrópolis es oligárquica y la llanura es democrática» (Un pueblo de soldados necesita de una fuerte jerarquía, mientras que un pueblo de labriegos se acomoda con la democracia). El derecho puede cambiar a través de la historia. Paralelamente, si «los nabos crecieran solos», la ciudad no tendría esclavos, y se asistiría a un cambio de la condición obrera. Montesquieu y Marx no fueron así los primeros en percatarse de que los regímenes e instituciones jurídicas dependen de las circunstancias.

3.º *La propiedad.*

Pero como Aristóteles había sacado su *Política* de la observación, había reconocido antes que Marx que la constitución de una ciudad depende de su estructura *social*: la «*Politia*», al contrario de la plutocracia y del gobierno de las masas, es sobre todo la combinación política de las *clases medias*. Luego es imposible separar el derecho público del derecho privado.

Y ya tenemos así al derecho natural obligado a tratar de los matrimonios, de las sucesiones, de las limitaciones impuestas al comercio, y de esa otra cuestión, tan discutida siempre, del problema de la *propiedad*.

Hay tribus primitivas en las que falta todo reparto de propiedades. Las preferencias de Platón en la «*República*», según la discutible lectura de Aristóteles, van al comunismo. Por otra parte, está instituido el derecho ab-

soluto del propietario, que implica el poder de disponer por testamento, sin limitación, de todos sus bienes.

Aristóteles busca todavía el término medio natural entre estos excesos: la desproporción de las fortunas, en las ciudades «plutocráticas» (desproporción que es una causa de desunión interna, de fragilidad, un defecto del ser), y su contrario: el comunismo, régimen que no hace «dichoso» a nadie.

Concluye que lo más *natural* es que ciertas cosas sean apropiadas, pero no todas, para que haya también algunas cosas «públicas» o «comunes» (según dirán los juristas romanos). Y que sobre sus bienes no se proclame el derecho *absoluto* del propietario al modo de nuestro Código civil.

Tal es, en suma, la posición, intermedia entre socialismo y capitalismo, de la llamada «doctrina social de la Iglesia católica». Aunque mejor sería llamarla doctrina aristotélica.

Aristóteles no justificó este régimen de apropiación, sobre unos fundamentos «racionales», tal y como en vano se acostumbrarán a hacerlo los racionalistas modernos. Estamos ante un falso problema: no hay necesidad de esta «fundación» racional (como tampoco la hay de justificar al Estado sobre el mito del Contrato social). Pues el que *ciertas* cosas pertenezcan a los particulares, es un *dato* que se comprueba en nuestro mundo tal y como está hecho, dato que Aristóteles cree necesario para el bien vivir y para el perfeccionamiento de la ciudad.

El mismo método se ha de seguir cuando se trata de *medir* las propiedades de cada uno: tarea principal del jurista (*suum cuique tribuere*).

No ha de malemplear este su esfuerzo en descubrir unos pretendidos títulos «originarios» de propiedad: «la *ocupación*», con el mito del consentimiento universal al derecho del primer ocupante (Grocio) —o del «trabajo» (Locke). El racionalismo moderno nunca ha logrado explicar el *reparto* de las propiedades. En su propio pensamiento subjetivo, cada cual no encuentra más que su *propio derecho* subjetivo de propiedad, ese derecho subjetivo

ilimitado cuya existencia suponía Hobbes en su ficticio «estado de naturaleza»; pero en absoluto los de los demás.

Entonces, se refiere uno al Estado —gendarme de la clase dominante— en cuanto al cuidado de definir los derechos; es decir a la fuerza. El reparto cesa de estar justificado, a no ser por precarias ideologías. Es frágil, y quedan abiertas las puertas a la envidia y a la oleada de las reivindicaciones revolucionarias...

Yo no sé que haya habido jamás otro fundamento para la medida jurídica de lo mío y de lo tuyo que esta fuente común, exterior, accesible a todos: este reparto que no ha sido forjado por la arbitrariedad, ni por la Razón consciente del hombre, sino espontáneamente por la naturaleza, en cada ciudad y en cada época. Que también hace, es verdad, a los ricos y a los pobres. De ahí trae su origen el derecho. Pues antes del orden de las leyes, está el orden social espontáneo.

¿Es esta una solución de puro conservatismo? ¿Equivale a sancionar cualquier estado de hecho? No por cierto: el orden natural no se confunde con el hecho. Porque partiendo de los hechos, sobre esos hechos, y para juzgar en qué medida son ellos «naturales», se instauran los debates de los *juristas.*

Artículo II

EL EJEMPLO ROMANO

¿Por qué estos desvíos a través de los libros de Aristóteles: de su Física, que define la palabra naturaleza? ¿De su *Política,* que pone en práctica el método del derecho natural?. Pues porque los juristas lo han adoptado. En sus orígenes la ciencia jurídica es solidaria de la filosofía clásica del derecho natural.

Volvamos a recorrer la historia del *Jus Civile.* No se

comprende el derecho si no cuando uno se refiere a su «programa» originario.

208. FUENTE DEL DERECHO EN ROMA. Cierto es que la mayoría de los romanistas no os darán la misma imagen sobre la teoría de las fuentes del derecho de los juristas romanos, tema bastante conjeturado: el *Corpus Juris Civilis* es un receptáculo de textos, de fechas muy diversas, que llevan la huella de varias influencias filosóficas (§ 48). Sólo nos incumben las concepciones de los fundadores del sistema del *Jus Civile,* hacia la época ciceroniana, época para la cual poseemos un escaso número de informaciones.

Y pocas referencias al derecho natural: *jus naturale* o *jus naturae,* sacado de la naturaleza (traducción de *dikaion physei*). No hemos de extrañarnos de eso: no es oficio de jurista el filosofar sobre las fuentes. Pero en algunas causas particulares se les solían ocurrir invocar la «naturaleza de las cosas» (*natura rerum —natura rei*). En cuanto a la expresión de *jus naturale,* tuvo en el lenguaje romano otros sentidos, cuya derivación habremos de explicar (§ 235).

Dejemos de lado a los problemas de *terminología,* para no dedicarnos más que al *fondo.* Lo más notable en la doctrina jurídica romana es que en ella se busca una fuente del derecho más allá de los textos, en la *realidad* de las *cosas.*

En su origen, escribe Pomponio, el «derecho civil propiamente dicho» se constituyó en la ausencia de textos escritos: *sine scripto.* Fue la obra de los jurisprudentes, que lo sacaron de la costumbre y de los usos romanos, de un derecho no escrito (D.I.2.2.12).

Según la definición de Ulpiano la jurisprudencia es, ante todo, el estudio de realidades (*rerum notitia* D.I.10. 2.). El romanista alemán Affolter observaba que lo propio del lenguaje jurídico romano es su constante gravitación alrededor de ese término de *res,* que es casi sinónimo de

physis en el sentido de Aristóteles: por lo menos en cuanto designa realidades naturales.

El mismo derecho es calificado de *res*: no es un ente «de razón», creación del hombre, sino ante todo un ser *real*, dado por la naturaleza. Ya citamos aquel texto de Sabino, uno de los fundadores del *jus civile*: el derecho no se extrae de las reglas (*jus non a regula sumatur*), sino que es la regla la que se fabrica partiendo del derecho existente (*sed a jure quod est regula fiat*); la función de la regla es la de describir una *res* (*Regula est quae est breviter enarrat* (D.50.17.1). El *jus* es un ser (*id quod est*) dotado de un valor, como la *physis*. *Id quod... aequum est... quod utile est* (D.1.1.12).

En el mismo título primero del Digesto se nos presentan dos tipos de *jura*: «la unión del macho y la hembra», que en los hombres se llama «matrimonio», y la educación de los hijos por su padre y por su madre, que también se da entre los animales... Ulpiano les reserva la etiqueta de «derechos naturales». Luego, bajo la rúbrica de *jus gentium*, aparecen estas realidades: la esclavitud y la manumisión (D.1.1.3), la división de los Estados, de los reinos, y de las propiedades, el comercio, la venta, el alquiler, etc... (D.1.1.4). En fin, las cosas del derecho civil, que son particulares del pueblo romano (*jura populi romani*); cosas que se distinguen en las costumbres del pueblo romano, como Aristóteles había sacado del espectáculo de Atenas la constitución ateniense.

En los jurisconsultos romanos volvemos a encontrar *substancialmente*, el mismo modo de concebir los fundamentos naturales del derecho que en Aristóteles. Pero como no es esta la opinión de todos los romanistas, recurriré a dos obras de derecho romano recientemente aparecidas.

209. EL DERECHO EN LAS CAUSAS. El primero, la tesis de Yan Thomas —ya señalada a propósito del método cuasidialéctico de los jurisconsultos (§ 175)— sobre la noción romana de causa, de la cual Yan Thomas ha de-

mostrado que ocupaba un puesto cardinal en la ciencia jurídica romana.

Los jurisconsultos romanos trabajaban sobre *casos* específicos. Método *casuístico* (aunque también comentaban a veces algunos textos generales).

El término utilizado en Roma es el de *causa*, prestado por la Retórica. El oficio de jurisconsulto implica la consideración de cada *causa* en particular, que él cuida siempre de confrontar con otras causas cercanas. La *Causa*, es la *cosa*; la *res*, materia de un proceso. El retórico griego Hermágoras la definía: «*rem quae habeat in se controversiam*» (De *Inv.* 68, Cf. § 165).

¿Por qué esta ojeada sobre la causa?. Hay en el *Digesto* una sentencia célebre, dictada con motivo de un proceso de accidente de la circulación; la solución —declara— está contenida en la misma causa (*jus in causa positum est*) (D.9.2.52.2). Añádase que en cada causa el jurisconsulto se esfuerza por captar una *forma* común; y que se dedica a dar un *nombre* a los diferentes tipos de causas.

En la Edad Media los glosadores, que habían permanecido fieles a este método casuístico, dedujeron de él este adagio, incomprensible para los modernos adeptos del normativismo: «*Jus ex facto oritur*». El derecho procede de la observación de la realidad.

Antes de compulsar los textos, y dejando de lado provisionalmente el bagaje de las reglas preconcebidas, los mejores juristas comenzaban por concentrarse así sobre el asunto. Este era el momento de utilizar los «*organa*» de la dialéctica (§ 167): de determinar el *género* del cual dependía el caso litigioso, de concretar aquello en lo que difería de los demás, aquello que lo convertía en un *caso específico*. Pues en todas estas cosas había ya en potencia un orden.

Redescubierto en la Edad Media por los glosadores, vivo bajo el Antiguo Régimen, y obstinadamente conservado por los juristas del *Common Law*, el *método de los casos* está volviendo a tener prestigio. Lleva implícito ese presupuesto de que las fuentes primeras no son los textos, ni los principios de la Razón pura, ni las creencias comu-

nes del grupo, sino que el derecho se obtiene primero de la «naturaleza de las cosas», o, como decía Sto. Tomás, siguiendo a Aristóteles, de una consideración de la cosa: *consideratio rei.*

210. EL DERECHO EN LA CIUDAD. Otras sugestiones, tomadas de un artículo de Michel Bastit: *De la diversité chez Gaius* (A. P. D. 1978).

Sabido es que el manual de Gayo es la única obra conservada de la jurisprudencia clásica. El texto fue reproducido (con ligeras modificaciones) en la *Instituta* de Justiniano, lo que prueba su éxito.

Por su estructura, y a juzgar por su plan, difería profundamente de un tratado jurídico moderno. No era el comentario de un Código (no existía ningún Código en la Roma clásica), ni de un conjunto de reglas de derecho; aunque dando un lugar secundario al derecho positivo, el propósito de Gayo era sobre todo el de ofrecer una descripción global, de aspecto cuasi-sociológico, de la Ciudad romana tal y como ella era, de las relaciones jurídicas que en ella había *incluidas*. Distinguía tres elementos: las personas, las cosas y las acciones. Y esa era la estructura de la obra, cuyo sentido perdieron sus intérpretes a partir del siglo XVI, por ser incompatible con su visión general del mundo.

El idealismo reduce el mundo a un pequeño número de ideas simples; uniformiza, iguala, mediante la supresión de las *diversidades* nacionales, provinciales, sociales o biológicas. En cambio, para los clásicos la naturaleza era un infinito pulular de especies desiguales y diversas. Y precisamente en esa diferencia suya era donde residía el orden que compone el derecho natural. Tema este familiar a Aristóteles o a Sto. Tomás, que latía bajo el sistema didáctico romano.

1.º. El libro I trata de las *personas*; la doctrina jurídica moderna ha falsificado el derecho de las personas cuando, partiendo de la idea general de la «naturaleza del hombre», ha forjado el concepto de «personalidad» jurí-

dica, que en principio sería el atributo común de todo hombre. Noción estéril para el derecho. Pues si el derecho consiste en relaciones *entre* varios hombres, nada tiene que hacer con la idea de la «persona» humana. Como hacía notar Julien Freund, el racionalismo moderno gusta de hablar en singular. Los clásicos romanos, en plural.

Ellos trataban de la pluralidad, de la diversidad *de las* personas. La palabra *Persona* evocaba originariamente las máscaras, o *papeles* que representaban los actores. Una comedia supone unos papeles: el conde de Almaviva, la condesa, Susana, Fígaro.

Pues lo mismo sucede en la escena del derecho. Dejemos nuestro *ideal.* Sin duda existe una idéntica naturaleza común, y unos hombres que son iguales en ciertos aspectos, pero no con respecto al derecho. En la *realidad* romana, Gayo observa: que el ciudadano no es igual al extranjero, ni el amo al esclavo, ni el padre de familia al hijo; que esos papeles son complementarios; que entre ellos se disciernen unas *proporciones,* como las que hoy existen entre obreros, empleados, patronos, funcionarios, parados, trabajadores emigrados, minusválidos, ancianos, etc... Condiciones todas que ignora nuestro Código Civil.

En estas *relaciones* que implica la diversidad de las personas existe ya un comienzo de *derecho.*

2.º De la diferencia de los intereses disputados entre las personas surge el derecho de las *cosas.* El sistema jurídico moderno convierte en bienes a las cosas *materiales,* sobre las cuales ha de ejercerse el imperio del hombre, con el derecho subjetivo *uniforme* de propiedad: cualquiera que sea su especie, ya se trate de un campo, de un taller, de un terreno edificable o no edificable, de una mina de uranio o de dinero de bolsillo.

Mientras que las *Instituciones* describen unas especies de *cosas,* cada una de las cuales posee su estatuto. Para vender a un esclavo hay que recurrir a unas formalidades de transferencia que no es costumbre exigir para la venta de trigo o de vino, o para el préstamo de una suma de dinero. No se posee sobre un inmueble sito en Roma el

mismo dominio que sobre una finca rústica provincial, etc...

¿Porqué estos diferentes regímenes?. Pues porque las cosas no son sólo un bloque de *materia*. Una finca rústica (*fundus*) es un conjunto acondicionado para el servicio de la economía provisto de servidumbres activas o pasivas, cargado de relaciones y de proporciones con las fincas rústicas vecinas. Los juristas deben considerarlo, dicen los textos, «*cum jure suo*», «*cum causa sua*», con su estatuto jurídico propio. Una granja difiere de un campo de esquí. En la consideración de estas diferencias naturales, Gayo encuentra el *derecho*.

3.º Pero la escena se traslada luego ante el tribunal del pretor, porque los asuntos de los ciudadanos (*res civium*) llegan a ser litigiosos (*causae*): estas son discutidas, y la justicia entra en movimiento. Gayo observa entonces una pluralidad de procedimientos.

Unas veces se reivindica una cosa (acción *in rem*), otras ataca uno a otra persona (fórmulas de acción *in personam*). *Last but not least*, las fórmulas de las «condenas» son también de varios tipos: pues según el género del asunto, dejan más o menos amplitud al juez para medir el montante de la condena. Se enseña aquí cómo se zanjan normalmente en Roma los litigios; y cual es la parte que recibe cada litigante.

Antes de seguir oyendo comentar el Código de Procedimiento Civil, yo prefiriría que, a la manera de los manuales romanos, se nos *describiera* el desarrollo modelo de un proceso.

Artículo III

EXILIO Y RETORNO

Pero no servirán controversias sobre las tesis de Michel Bastit o de Yan Thomas. Al lector le tiene sin cuidado el

derecho romano. A su entender, le seguimos agobiando con detalles arqueológicos, ajenos al único tema susceptible de interesarlo: el de las fuentes del derecho contemporáneo.

211. «NATURRECHTS PHOBIE». El lector no yerra. El método del derecho natural está olvidado. Y no es que deje de estar *practicado*: todavía se dictan sentencias y se preparan textos de leyes, partiendo de la observación. Es que ha dejado de ser enseñado. Las causas de esta desaparición se hallan primeramente en la historia de la filosofía.

En esta moderna visión del mundo, en este nuevo lenguaje que nos impone la educación nacional contemporánea, el concepto de *naturaleza* se ha desintegrado, estallando con una multitud de significaciones abstractas. Ya no hay naturaleza concreta, provista de sentido, mezcla de existencia y de valor, e insusceptible de saber cierto. Nosotros no conocemos más que unos fragmentos disgregados de ese conjunto. Y lo mismo sucede con los conceptos de «Razón» o del mundo «material», que hoy carecen de valor.

El estallido de la idea de naturaleza repercute sobre la doctrina de las fuentes primeras del derecho. Pues como le tenemos que buscar al derecho un fundamento suprapositivo, nos vemos ahora obligados a extraerlo de una cualquiera de esas esferas. Unos convierten el derecho en un producto del pensamiento, y entonces el derecho es un deber ser, un conjunto de *normas*. Otros lo ven como el producto de fuerzas naturales, y equiparan al derecho con el hecho, despojándolo así de su valor. Todas estas visiones fragmentarias son insuficientes... (Cap. I).

Claro que en la doctrina contemporánea no faltan esfuerzos para reunir esos fragmentos disgregados de la naturaleza, el espíritu y la materia, el ser y el deber ser. Veremos multiplicarse sobre todo las mezclas empíricas entre el «dato racional» y el «dato real» (Gény). Pero son doctrinas eclécticas e incoherentes. Pensadores de mayor altura se esfuerzan en unas tentativas de *síntesis* —co-

mo las de Hegel y Marx— pero que están condenadas a volver a caer, en definitiva, en uno o en otro de esos extremos, el racionalismo o el positivismo.

212. RENACIMIENTO DEL DERECHO NATURAL. Sin embargo, ¿para qué perseguir unas «síntesis» originales, si basta con acudir a la historia para encontrar en ella una respuesta para nuestras dificultades?.

El derecho romano debió a su filosofía de las fuentes las cualidades que le permitieron traspasar los siglos como arte:

1.° *Su riqueza*: pues las realidades, al contrario de la Razón pura, son un dato inagotable.

2.° *Su ductilidad*, porque la naturaleza es movimiento.

Su permanente capacidad de *adaptación* a las circunstancias. Más tarde, el arte jurídico romano transplantóse sin dificultad a la Europa medieval, cuando surgieron otras «personas, objetos o acciones».

3.° *Su autoridad.* Si el derecho romano fue aceptado casi universalmente, es porque no salió de la decisión subjetiva de un legislador. Descansaba sobre la observación *objetiva* del mundo; fundamento *común*, campo de investigación, abierto a todos, el mismo para todos.

4.° *Su justicia.* El orden «natural» no es cualquier relación de hechos o de fuerza bruta, cualquier conducta «efectiva» de los individuos; no lo constituyen las costumbres sino las «buenas costumbres». Y así el Digesto definía la jurisprudencia cómo discernir, *en* las cosas, lo *justo* de lo injusto.

No hay corriente más fecunda en el siglo XX que el movimiento de *renacimiento del derecho natural*, a condición de que se trate de un auténtico renacimiento: que se acompañe de un trabajo de filosofía, de un redescubrimiento de la noción concreta de *naturaleza.*

Verdad es que una vez que se ha restituido al término

de derecho natural su primer significado, no hay que esperar demasiado de él. No adopta la forma de reglas escritas, inmediatamente utilizables. Para los jurisconsultos no es más que la materia de su *investigación.* Pero los orígenes tienen su importancia. El derecho natural es la *fuente* de los trabajos de la jurisprudencia, aquello sobre lo cual se fundaron sus resultados, y por lo cual se explicarán la estructura y la fuerza del derecho *positivo.*

TITULO TERCERO

DEL USO DE LAS LEYES POSITIVAS

Lex injusta non est lex

CAPITULO I

CONTROVERSIAS METODOLOGICAS

213. DEL DERECHO POSITIVO. Este Manual ha recorrido ya los dos tercios de su camino, ¡y qué decepción!. El jurista confiaba en haber podido visitar en él la tienda de esos instrumentos de los que nos servimos en el ejercicio del derecho. Ahora bien, esos instrumentos son los *textos*.

Los capítulos introductivos de los manuales de derecho nos ofrecían una lista de las principales especies de reglas positivas. Le añadían alguna información sobre su grado de autoridad y su modo de interpretación (§ 132). En la práctica ¿no es eso lo esencial?.

Mientras que yo parezco haberme perdido en los preámbulos. ¿A qué se reduce el «derecho natural» tal y como acaba de ser presentado?. Nada más que a una hipótesis de filosofía: a una invitación a postular la preexistencia en «las cosas» de misteriosas relaciones jurídicas, vaga indicación de un método, que abriría un acceso a su descubrimiento. Justamente un comienzo. Nos queda el poner en práctica tal método.

La aportación de los romanos fue, precisamente, haberlo llevado a la práctica. Llegaron a producir así unas reglas jurídicas escritas. Y desde entonces, en las sociedades evolucionadas, disponemos del instrumental del derecho *positivo*. ¿Cómo lo usaremos?

Toda metodología jurídica no es más que una consecuencia de los principios adoptados inconscientemente sobre las fuentes del derecho.

Por consiguiente, ya no nos será difícil comprender las insuficiencias de la doctrina contemporánea. Si sobre el método jurídico los manuales son cortos y dificultosos, es porque nuestra filosofía de las fuentes se halla hoy desgarrada entre unos sistemas contradictorios. Los he clasificado en dos escuelas: aquellos para los que el derecho procede del espíritu de un legislador y, por tanto, obedecen estrictamente al texto de la ley. Y los que que rinden pleitesía al positivismo científico, y producen otro método.

Artículo I

RELIGION DE LA LEY

214. RAÍCES DEL LEGALISMO. Para los metodólogos del derecho, hubo una época paradisíaca: aquella en la que el oficio jurídico consistía en aplicar las leyes: el término derecho había llegado a ser sinónimo de leyes. El jurista estaba dispensado de instruirse en sociología, moral política o filosofía. Le bastaba con conocer los textos y con sacar de ellos las consecuencias. Esta concepción era la más difundida entre el gran público, y aconteció que la Facultad se satisfizo con ella.

Orígenes. Conocemos sus orígenes (§ 181 y s.). Son históricos. Cuando en la Alta Edad Media la antigua filosofía de la naturaleza desapareció bajo los embates de los bárbaros, apenas si sobre las ruinas del derecho natural sobrevivió en Europa otra fuente de conocimiento ni otro medio de regulación de la conducta humana, que la *Palabra* divina, revelada en la Sagrada Escritura. Nuestra vida humana está sometida a los mandamientos de Dios, venidos de lo alto, como fuente trascendente; a la ley divina que rige nuestras actividades, en el camino hacia la Tierra Prometida, llevándonos hacia Dios.

Esta es una ley *moral;* a la que las leyes «humanas», para las cuales cabrá reservar la etiqueta de jurídicas, tendrían como función el completarla o el adaptarla a las circunstancias de la historia temporal. Como ley *imperativa,* ordena, prohibe, permite. Nuestra misión es obedecerla.

Esta concepción teológica de la ley —que tenía su análoga en las tradiciones religiosas y en ciertos regímenes políticos de la Antigüedad— se había perpetuado en la cultura de la Europa moderna. Salvo en que a los mandamientos de Dios se habían sustituido los de los hombres, cuando los cristianos se percataron de que Dios deja a los hombres la libertad de organizar el mundo temporal.

El hombre se puso en lugar de Dios. En la gran construcción de Hobbes, los hombres, dotados de esta libertad y de este poder creador, forjan a *Leviathan,* el «Dios mortal». Su voluntad dictará leyes: y desde entonces corresponde obedecer a las órdenes del Estado Soberano (representante de los ciudadanos porque los ciudadanos lo han producido). La ley sigue siendo el «mandamiento» de un amo que nos hemos dado. Así piensan Locke, Rousseau y Kant.

Para otros, en la Escuela racionalista del Derecho natural, y para el mismo Kant en cuanto a la moral, la *Razón* transcendente del hombre, fuente de «imperativos», sustituto de Dios, desempeña el oficio de legislador.

Supervivencia. Cuando se hubo desvanecido la creencia en el contrato social (que en el mismo Kant ya no era más que una idea difícilmente realizable), y se hubo perdido la ilusión de que la ley sería la «voluntad general», o «el dictado de la Razón», sobrevivió el dogma.

Kelsen funda la validez de las *leyes* en sentido estricto sobre las prescripciones de la norma constitucional y de una «norma fundamental» que convalidaría a la constitución. Nos deja inseguros acerca de donde saca su propia autoridad esa norma fundamental («hipotética»), que

es menester plantear para que siga siendo posible una ciencia del derecho.

Y si detrás de las leyes ya no queda más que la fuerza bruta del Poder, se fingirá que se contenta uno con ella. Pero aun habiendo perdido sus fundamentos religiosos o metafísicos, los juristas, como náufragos que se aferran al último despojo del navío, no han dejado de colgarse de los textos legales. Porque —desaparecida la concepción clásica del derecho natural— ya no tenían ningún otro principio de justicia. Montaigne había aconsejado que no se mirase en absoluto a su origen. «Es peligroso referirlas a su nacimiento, se agrandan y se ennoblecen al rodar, como nuestros arroyos, pero si las seguís monte arriba hacia su fuente, veréis que no es esta más que un pequeño hililllo de agua que apenas se vislumbra»... A pesar de lo cual hay que obedecer a la ley, «porque es la ley». «Al no poder fortificar a la justicia, se ha justificado a la fuerza» (Pascal).

Sin duda que hay razones menos desencantadas de la supervivencia del culto de la ley. No es verdad que haya sido abandonada toda creencia; ni que nuestra sociedad no reconozca ya un imperativo «racional» de moralidad. Al menos el gran público se conforma con una especie de moral utilitarista. En la época de las Luces triunfa una filosofía de la finalidad del derecho, proyectado hacia el «servicio de los hombres», en principio de todos, prácticamente de una minoría (*supra* § 83 y s.). El derecho tiene por fin aportar la seguridad de los derechos subjetivos (que faltaba en el estado de la naturaleza).

Siendo ese su fin, la sumisión rigurosa a la ley escrita parece su instrumento necesario. La ley, por su carácter «general», ofrece la apariencia de prometer a todos un tratamiento igual; por ser escrita, permanece, hace previsibles las sentencias, es un factor de «certidumbre», facilita el juego del comercio y ofrece seguridad. Por sus ventajas prácticas, el jurista tiene que seguir siendo el estricto servidor de la ley.

Y como no han cesado de participar, en su incons-

ciente, en la misma filosofía, en la misma moral individualista (hoy teñida de igualitarismo), se explicará así que gran parte de nuestros contemporáneos se aferren al positivismo legalista. Tal sigue siendo el caso de ese grupo de autores, que todavía emplean una parte notable de su actividad en difamar al derecho natural: como Hart en Inglaterra, el partido de Bobbio en Italia, y, hasta hace poco, Kelsen.

215. ESQUEMA DEL POSITIVISMO LEGALISTA. Si el derecho es la ley o lo que de ella se deriva, el trabajo del jurista debería reducirse a dos operaciones:

1.º la *colección* de los preceptos del «derecho positivo». ¿Qué es, en su inicio, el derecho positivo? El conjunto de los textos *impuestos* por la autoridad política. Es decir, las leyes en sentido estricto («reglas escritas generales, de alcance permanente, elaboradas por el Parlamento»); y sus anejos y complementos, decretos, resoluciones, circulares. Se une a ellos la jurisprudencia, que interpreta y comenta la ley. Y para los publicistas, la Constitución. Todo eso reunido, y ordenado.

2.º la *aplicación* de los textos. La segunda tarea del jurista sería un trabajo de «*subsunción*» de los hechos de cada causa bajo las leyes. La sentencia debería revestir una forma silogística: estando constituida la premisa mayor por un texto legislativo que dicta la solución jurídica para tal hipótesis (*Tatbestand*). De lo cual se sigue la sentencia. Aunque hoy se usa una lógica más sofisticada.

Tal es la *trama* del positivismo legalista, sobre la cual se intentó construir la metodología del derecho. Pero, durante su trabajo los constructores se encontraron con una multitud de obstáculos imprevistos.

216. SELECCIÓN DE LAS FUENTES POSITIVAS. Establecer la lista de los textos resulta ser menos sencillo de lo que se creía. No sabemos ya con certeza a qué mandamiento obedecer.

Todo iba bien al principio del siglo XIX cuando Napoleón promulgaba sus Códigos, creyendo encerrar en ellos todo el derecho. Debían bastar para la educación de los juristas. Existían en la Facultad de Derecho unos cursos de «Código» civil, de «Código» penal, de «Código» de comercio, etc... Nuevos Códigos se les agregaron.

Sólo que, de pronto, otros textos les hicieron la competencia. Como ya habíamos señalado, los antiguos preceptos «racionales» de la Escuela del derecho natural tenían que haber muerto del todo. Pero algunos tribunales no vacilaban en referirse a ellos, aun cuando a veces los calificaban de «principios generales del derecho».

Alegaron también los «derechos del hombre». Verdad es que los derechos del hombre fueron integrados en el cuerpo de las leyes constitucionales, pero su fuerza no se basa solamente en estas «Declaraciones».

Se produjo, pues, la «rebelión de los hechos contra el Código»; este efecto causó la intrusión en las «fuentes positivas» del derecho, en cantidad siempre creciente, de los textos *jurisprudenciales*. Hemos imitado el ejemplo anglosajón del *Common Law*. Pues aunque Inglaterra había inventado, con Hobbes, la filosofía del contrato social, los juristas del *Common Law* se regían, más que sobre la ley, sobre los *precedentes judiciales*. Los precedentes, que siempre habían jugado un papel capital, ocupan ahora en nuestros cursos un lugar al menos igual al de los Códigos. Se los explica diciendo que los jueces habrían recibido poder del legislador, no sólo de aplicar la ley y de interpretarla, sino de completarla, de plantear nuevas reglas jurídicas; y que, a pesar de las doctrinas de la separación de poderes, los jueces dispondrían también del «poder» de crear unas normas generales.

Dificultades. Hay alguna razón para dudar del valor de este análisis (§ 134). En realidad, a medida que nuestro «positivismo» tiende a hacerse «científico» (§ 197) nos va imponiendo su dictadura un nuevo amo; el poder del *hecho*. Ansiosos de ajustarse al modelo de las ciencias, y de no perderse ya en las nubes del derecho, tal y como él

debía ser, sino de tratar del derecho existente, *law as it is* —como decía Austin— los juristas optan por los textos *efectivamente* respetados. Una escuela «psicologista» de fines del siglo XIX había señalado que las leyes de los Estados no tenían verdadera autoridad sino a condición de beneficiarse del *consensus,* del «reconocimiento» de los jueces o de los justiciables (*Anerkennungstheorien*).

¿Cuáles serán los textos jurídicos? En la literatura reciente —por ejemplo, en Hart y los escandinavos—, una solución es la de tener por «Reglas de derecho» todas aquellas de las cuales podemos comprobar que son «aceptadas» en un grupo, para que deban regir en él las conductas. Quizá, en fin de cuentas, que son aceptadas por el público en su conjunto; responderían así a la «creencia» común de una sociedad. A menos que la regla no resulte de la elección política de cada intérprete (Scarpelli). Variante: la de que sólo nos atengamos a las reglas recibidas en la corporación de los juristas profesionales. Y por tanto, principalmente, a la «jurisprudencia».

El positivismo *legalista* no logra mantenerse sino cuando se atribuya a la palabra ley una extensión cada vez más vasta. El uso actual la sustituye por aquella otra, más dócil, de «normas». Pero ante esta abundancia de bienes, se va a imponer el *escoger,* en particular en la multitud de las resoluciones jurisprudenciales. No, la primera tarea del jurista, el establecimiento del catálogo de los textos positivos, no constituye un trabajo fácil.

Por encima de las normas ordinarias que serían unas reglas de conducta, Hart enseña que el juez necesita disponer de un primer lote de normas, las *rules of recognition* que le dirán cómo escoger en la profusión de los textos existentes.

¿Dónde hallará el jurista esas «normas de reconocimiento»? ¿Tendrá que mantener también aquellas normas como positivas, en el sentido de existentes, comprobables científicamente; tendrá que plegarse al uso seguido efectivamente por los jueces? Pero este uso es fluctuante porque la elección de las fuentes siempre es un problema. La informática jurídica aspira a procurarnos

la colección ordenada y completa de los textos aplicables y nosotros les deseamos que se diviertan mucho.

217. COMBINACIÓN DE LOS TEXTOS. Otras dificultades: para interpretar algunos textos, haría falta que su concordancia no fuera cacofónica. Ahora bien el jurista se percatará de que, al emanar de fuentes muy diversas, muchas veces se contradicen y están llenas de «*antinomias*».

La existencia de estas últimas permaneció relativamente inadvertida al comienzo del siglo XIX, cuando los teóricos del derecho vivían todavía de la herencia de la escuela racionalista. Nuestro Código Civil tiene, por lo menos, un doble fundamento filosófico; asienta su poder sobre el mito russoniano del *Contrato social*, pero también se enlaza con la doctrina de la *Escuela racionalista del derecho natural*, y está asociado al positivismo (bastaba con suponer ganado por las Luces al príncipe ilustrado). Si el derecho se constituye con doctrinas que vienen de arriba abajo, y parten de algún principio racional de moralidad, deberían formar un todo homogéneo.

Ya vimos que la ciencia pandectista no se ha liberado del todo de este espejismo. Sin embargo, Savigny, en su *Vom Beruf*, no sólo había combatido a los Códigos (que consideraba prematuros) sino que creyó haber roto con la doctrina racionalista de la Escuela del derecho natural. Buscaba el derecho a través de una abigarrada muchedumbre de textos, en su mayoría no legislativos: del *Corpus Juris Civilis* (renovados en «el uso moderno» de las *Pandectas*) o de las costumbres germánicas (*supra* § 191). Lo cual no le impidió que permaneciera fiel al postulado de la *coherencia* del derecho positivo. «El espíritu del pueblo», que había ocupado el lugar de la razón consciente del príncipe para convertirse en fuente de derecho, segregaría un derecho «*orgánico*».

Cuando progresivamente el Pandectismo volvió al culto de la ley, se recurrió con Windscheid, a la ficción de un «legislador racional», al que le repugnaría contradecirse. Así se salvó la armonía de la dogmática alemana,

la cual no es cierto que procediera del legislador, sino de la doctrina, de la «*Wissenschaft*»; de los juristas, de los profesores (§ 151, 3.º). Esta fue la *Begriffsjurisprudenz*, la cual tuvo su hora de triunfo universitario, pero que bajo los embates de Jhering y del nuevo positivismo, perdió por fin la partida.

Jerarquización. Sin embargo, es *preciso* conservar para el derecho positivo ese privilegio de ser un «orden», sin lo cual las soluciones jurídicas no podrían ser previsibles y garantizadas la seguridad y la libertad, conforme al ideal de las democracias liberales.

Puesto que no pueden estar encerrados en un sistema cerrado, los textos se clasifican *jerárquicamente*: una sentencia del Tribunal de Casación prevalece sobre la jurisprudencia de un simple tribunal. Una ley más reciente —que se supone tiene más oportunidad de corresponder a la voluntad del legislador de hoy— anula una ley más antigua. Un texto legislativo prevalece sobre un fallo jurisprudencial. Soltando lastre, renunciando a que las leyes (en sentido estricto) conserven su monopolio, por lo menos se trata de mantenerles su «*prerrogativa*» (Martin Kriele).

Kelsen, sobre todo, trata de salvar «la unidad del orden normativo», a fin de preservar la «pureza de la ciencia del derecho», su capacidad de resistencia a las opciones ideológicas subjetivas de los individuos —y el positivismo jurídico—. Según su famosa *Stufen Theorie* (creación gradual del derecho), el derecho es una jerarquía de normas. La preside la norma llamada «fundamental» y las normas constitucionales. De la constitución nacen el poder de los órganos legislativos y la validez de las leyes. Las leyes, los órganos del gobierno y la administración pública, y los jueces sacan su competencia de proseguir produciendo normas, dentro del cuadro trazado por las leyes, con tal de no contradecirlas de ningún modo. Y así sucesivamente para otros textos, que emanan de instancias inferiores.

Ya no es necesario hacer notar cuán idealista es esta doctrina (§ 134). Es imposible el eliminar de nuestro derecho positivo las antinomias. Las cuales complican la obra del jurista: pues antes de «aplicar» un texto a un caso, hay que optar entre varios textos.

¿Y *cómo* arreglárselas para ello?

218. Lagunas de los textos. Aquí tenemos un problema que ha suscitado una formidable literatura en los metodólogos alemanes. Educados en el positivismo jurídico, que parte del principio de que la sentencia debía ser extraída de la ley, se vieron obligados a interrogarse sobre si el cuerpo de las leyes existentes podría bastar para ello. ¿No existen en el derecho positivo unas «lagunas» (*Lücken*)?

Teóricamente, no. El *corpus* de las leyes existentes debería permitir al juez fallar cualquier problema jurídico, si se aceptasen los postulados del individualismo moderno. El derecho, complemento de la moral, tendría como función la de regular nuestras conductas; la de distinguir los actos prohibidos de los actos permitidos, que nosotros tendríamos el «derecho» de hacer (derecho subjetivo). Y en principio el hombre dispondría (tal habría sido según Hobbes el régimen del estado de naturaleza) de la *libertad* de conducirse según su fantasía.

En el estado social, el papel de las leyes no habría consistido más que en restringir esas *libertades* originarias. Si acontece que la ley es muda, basta con regresar al principio de la libertad. Cuando la ley se calla, se sigue de ello que todo justiciable está en su derecho.

Añadamos a eso que el trabajo «constructivo» de la ciencia alemana —y anteriormente de la Escuela moderna del derecho natural, cuyo fruto fueron nuestros Códigos— habría proporcionado el cuadro de conjunto del «organismo» del derecho positivo. La «jurisprudencia de los conceptos» creyó hacer de la *Pandectas* un sistema *completo*. Napoleón no distaba de alimentar las mismas ilusiones sobre el alcance de su Código civil.

Su multiplicación. Todo esto son teorías en el aire: pues no se tiene en cuenta en ellas la *función* del juez. Si de la ausencia del texto, dedujese el juez que el justiciable tiene el derecho de hacer cualquier cosa, eso sería por su parte una dimisión. Cuando las libres actividades de unos y de otros llegan a estrellarse, provocando una situación litigiosa, le pedimos al juez que regula el conflicto.

Se cuenta con los jueces para resolver las luchas de *intereses* que surjan entre ciudadanos o que opongan a los individuos con la comunidad. La justicia tiene la misión de terminar con el régimen de la venganza privada. Tal fue el pensamiento de Jhering, y, tras sus huellas, de la Escuela de jurisprudencia llamada de intereses.

¿Cómo creer que el legislador de 1804 o de 1900 haya previsto las luchas de hoy? ¿Lograremos «subsumir» todas las significaciones litigiosas de la vida presente bajo unos textos más o menos vetustos? Ciertamente que se puede usar de la *analogía.* Aplicar por analogía a los accidentes de automóvil las reglas planteadas por los romanos para los encontronazos de carros de bueyes. Pero este expediente tendrá sus límites. *Hay «lagunas».*

Más aún: la sentencia judicial debe ser *aceptable.* Para que sea eficaz tendrá que beneficiarse del apoyo de la opinión pública. Probablemente la cualidad que una sentencia necesita más (para que tenga la posibilidad de ser aceptable) sería la de ser *justa,* en tanto en cuanto cabe que lo sea.

¿Qué posibilidades tendría la solución, sacada mecánicamente del Código, de satisfacer a estas exigencias? Los metodólogos alemanes de fines del siglo XIX descubrirán una nueva serie de lagunas, lagunas en sentido amplio e impropio (*unechten Lücken*); que son las *deficiencias* de los textos, la impotencia de los textos para suministrar al juez una buena directriz.

El número de las «lagunas» se ha multiplicado, hasta el punto de que las «lagunas» se han convertido en regla. Ya no hay que hablar de «lagunas». No existe un «siste-

ma» de «derecho positivo» acribillado de agujeros, como un queso; sino lo contrario, un derecho incierto, en su conjunto informulado y poco previsible, la mayoría de cuyas soluciones siguen estando por descubrir, y en ese gran vacío, una diseminada polvareda de leyes. Por sí solas no podrían bastar para procurar la solución. Lo cual es la quiebra del legalismo.

219. LA INTERPRETACIÓN DE LOS TEXTOS. Ultima prueba para los fieles del positivismo legalista: antes de aplicar un texto de la ley, hay que cumplir la condición de *comprenderlo*. De ahí proviene el problema de su interpretación. Que no se plantea para los sabios de las ciencias exactas, quienes, por haberse dotado axiomáticamente de un lenguaje estricto, pretenden razonar sobre premisas claras.

Por desgracia, los textos jurídicos no ofrecen las mismas cualidades. Ya hemos indicado que los esfuerzos desplegados desde hace cuatro siglos para dar al derecho forma de ciencia, han fracasado invariablemente (§ 153). El lenguaje del derecho no es científico: sus términos jamás están exentos de una franja de incertidumbre. Habrían sido claros en la ciencia que habían soñado los pandectistas: cada término recibía en ella un sentido definido al menos por su lugar en la construcción de la *Begriffsjurisprudenz*. Pero su empresa hizo *fiasco* —y también algunas otras, como la de Kelsen, cuando imaginó que, a ejemplo de las matemáticas, la significación de los términos del vocabulario jurídico podía estar toda ella definida convencionalmente—, o más recientemente la de Hohfeld, con el uso de los ordenadores...

Sobre los problemas de la interpretación jurídica ha surgido un creciente río de literatura. Sobre este capítulo el lector podrá consultar los tomos XVII y XVIII de los «*Archives de Philosophie du Droit*», y nosotros esperamos importantes luces de las investigaciones de M. H. Jaeger.

Lo más curioso es comprobar, a través de esta literatura, las mutaciones del mismo concepto de interpreta-

ción: pues si se parte de un sentido compatible con los principios del positivismo legalista, durante el camino se ve uno obligado a abandonarlos.

Interpretar, tendría que ser explicitar el contenido de un texto, el transcribirlo a un lenguaje más accesible para sus actuales utilizadores; como se pide a un traductor o a un «intérprete» de una conferencia internacional. El texto está rodeado de un respeto casi religioso.

La exégesis de la Sagrada Escritura sirvió de modelo. Al seguirla, la filosofía y la naciente historia científica de fines del siglo XVIII, ofrecían una técnica de lectura que los juristas explotaban.

La doctrina de Savigny. En su obra sobre el Método, Savigny propone *cuatro medios* de interpretación, sobre los cuales se explicó de un modo sucinto y no exento de confusiones: habría la interpretación llamada *gramatical* (estudio de la lengua, del latín, si se está frente a un texto del *Corpus Juris Civilis*). Luego la lógica, la sistemática (estudio del contexto). Por fin, la *histórica:* se esclarecería por las circunstancias históricas el efecto originario de la ley, la novedad que aportaba con relación al derecho anterior. Los juristas franceses de la Escuela llamada de la *Exégesis* se habituaron así a referirse, para interpretar el Código civil, a sus «Trabajos Preparatorios» (procedimiento que les repele a los juristas del *Common Law*).

Pero los metodólogos alemanes se percataron pronto de que la interpretación de los textos era una tarea mucho más ardua. El problema se refería también a las ciencias históricas, y a todas aquellas que recibieron en Alemania el nombre de ciencias del espíritu: *Geisteswissenschaften*, opuestas a las «ciencias naturales». Cuando se trata de captar el sentido de un discurso humano, no ha lugar a «explicación» científica (*Verstehung* —Dilthey). Pues un texto de ley procede de un autor; no sólo de la Razón o del «espíritu colectivo» del pueblo. Tendremos, pues, que realizar el esfuerzo de penetrar en el espíritu del inventor.

Por lo demás, para la filosofía legalista moderna, ¿no es la ley el «mandato» de una autoridad? Un servidor inteligente cuida de *comprender* las intenciones, el fin buscado por el amo que le da una orden —y de conformarse a ellas, y obedecer a su espíritu más bien que a la letra—. Interpretación *subjetiva.*

Teleologismo. Para ganar tiempo, paso directamente de la doctrina de Savigny a la de la Escuela de la *Interessen Jurisprudenz,* que triunfó en Alemania al comienzo del siglo XX. Su éxito señaló el entierro de la *Begriffsjurisprudenz.* Recomienda un método de interpretación «*teleológico*»; entendemos que se sirve con ello al fin del legislador.

Su representante principal fue Philip Heck (*Gesetzesauslegung und Interessen Jurisprudenz,* 1914). Influido por la obra de Jhering, mantuvo que la ley tiene como función la de zanjar un conflicto, instituyendo una jerarquía entre varias especies de intereses. Otra versión: toda ley incluye un juicio de valor; plantea que ciertos intereses deberán ser preferidos a otros, como dotados de un valor más alto (*Wertungsjurisprudenz*). Ejemplo: vale más preservar la pureza del mar Tirreno que aumentar el rendimiento de las fábricas italianas.

Al intérprete se le pide que comparta el profundo designio perseguido por el legislador. Como el intérprete de un fragmento de música al cual no le bastaría con reproducir las notas, sino que ha de impregnarse del espíritu del compositor.

En este momento aparecería ya que la interpretación jurídica no era sólo exégesis literal; ni, como lo es para el historiador, mera cuestión de conocimiento científico. El legislador no podía hacer otra cosa que emitir unas *directrices,* partiendo de las cuales se practica una lógica muy poco rigurosa. (Cf. Gottlieb, *The Logic of choice,* 1968).

El jurista no es sólo el ejecutante de las órdenes del legislador: prolonga su obra, como artesano y colaborador de la misma *política.* La interpretación es activa.

220. LA INTERPRETACIÓN CREADORA. Hasta aquí hemos afirmado, conforme al dogma oficial, que el jurista estaría obligado a obedecer al legislador: deber de «lealtad», proclamado muy a menudo.

¿Qué se ha hecho de él? Es forzoso reconocer que no sólo los intérpretes «suplen» a las lagunas de la ley, estatuyen fuera de la ley (*praeter legem*); sino que un considerable número de las soluciones de jurisprudencia van *contra* la ley (*contra legem*). Lejos de adherirse fielmente a las prescripciones del Código civil, sus artículos 544, 1382, etc..., la jurisprudencia las ha hecho inútiles. *Contradice* así las intenciones históricas del legislador. Napoleón no estaba equivocado al temer que los intérpretes acabaran siendo los asesinos de su Código.

Nuestra doctrina tiene el arte de *enmascarar* lo más posible estas divergencias. El oficio de los juristas podría ser el de darles la vuelta a las leyes, aparentando respetarlas. O el de liberarse de ellas mediante subterfugios.

He aquí uno de los más difundidos: el intérprete tendría que regularse, más bien que sobre las directrices de 1804, sobre las del «legislador de hoy». Este personaje hipotético se dice que quiere adaptarse a las transformaciones sobrevenidas desde el Código en la economía y en la sociedad, e incluso a los cambios de la ideología. Interpretaremos en función de las circunstancias o de las ideas de ahora (*ex nunc*). Para purgar al derecho positivo de sus contradicciones internas, los Pandectistas habían recurrido ya al mito del «legislador racional» (*supra* § 217). Se confiaba en justificar así a la jurisprudencia por haber traicionado las intenciones del legislador real, histórico.

Hermeneutismo. El siglo XX parece volver a una concepción muy poco científica de la misión del intérprete. El fenómeno no afecta sólo a los juristas; sino a los exégetas de la Sagrada Escritura, a la historia literaria y filosófica, y de modo más general a todo aquello de lo que hoy se trata bajo el título de *hermenéutica*.

Al referirse al ejemplo de los jurisconsultos romanos, Gadamer quiere que todo intérprete, en lugar de restituir al texto su significación primera (tarea imposible), lo haga revivir y no deje de renovar su sentido. Nuestros «horizontes» son nuevos, nuestros problemas difieren. El Antiguo Testamento no ofrece para los cristianos el sentido que tenía para los judíos. Y de la Ilíada a la Odisea, de los diálogos de Platón a las obras de Shakespeare, cada siglo tendrá así su «lectura» propia.

Volvamos al derecho. Además de la astuta referencia a la voluntad presunta del «legislador actual», se notará en ello un resurgir de «la interpretación objetiva», explotada con nuevos fines. Ya no habría que adherirse a las intenciones personales del legislador, sino dejar que el texto lleve su vida propia. El Código se presta en nuestros días a una lectura distinta de la de principios del siglo XIX.

Ultima teoría, que lleva el signo de la «dialéctica» hegeliana (ej. Larenz): el derecho se forma *dialécticamente*. Y supuesto que el Código civil fue el primer momento dialéctico, en un segundo tiempo vino el trabajo *negativo* de la jurisprudencia. Lo que va a conducirnos (momento de la *síntesis*, por lo menos provisional) a la refundamentación de las leyes.

Dificultad: ¿de qué manera y a partir de qué principios (a menos de que no sea gratuitamente) han de corregir los jueces los textos? Silencio sobre este punto. En todo caso, si hubiera que atenerse a esta teoría, ya no se debería definir la interpretación como la busca escrupulosa del sentido originario de la ley, sino al contrario, como su «negación».

De la afirmación de que el derecho se deduce de la ley no quedaría nada.

221. AUTODESTRUCCIÓN. Hemos comprobado el fracaso del positivismo. Se construyó sobre los principios de la asimilación del derecho a la ley, de la coherencia del

«orden normativo» y de la plenitud de las leyes, cuyo sentido auténtico debía respetar «el intérprete».

Es imposible seguir ateniéndose a todo ello. En vano lo han intentado obstinadamente nuestros metodólogos. En el transcurso del camino han tenido que abandonar progresivamente desde el dogma de que las leyes rigen monopolísticamente el orden jurídico, hasta su «prerrogativa». La teoría positivista había arrancado mal.

De ella ya no subsiste más que una *fachada*, por otra parte celosamente conservada; un amontonamiento de principios y de categorías generales a los cuales se aferra uno, aunque posteriormente se deban desmentir. Porque entre tanto nada se tiene con qué sustituirlos.

Pero empezamos a sufrir por este exceso de incoherencias. El sistema está minado desde el interior. Y amenaza con ser arrollado.

Artículo II

ICONOCLASTAS

222. Nuevos filósofos. Con sólo proseguir el examen crítico de las teorías contemporáneas del derecho positivo, tropezamos con los contestatarios.

No deberemos sobrestimar su importancia. La enseñanza del derecho francés sigue estando explícitamente fundada sobre la dominación de las leyes. Incluso es algo admirable la docilidad de los juristas ante el legislador; y el comprobar que en el gobierno hay más decretos y circulares ministeriales, que leyes en sentido estricto. En cuanto a los profesores, no les gusta ver que unos barulleros perturban el orden de su sistema.

Hay un cambio en la concepción de las fuentes originarias del derecho, es decir, de su filosofía. En los círculos de filósofos, muchos de los cuales sucumbieron a la fascinación de las Ciencias, se ha cambiado el rumbo.

El positivismo científico ha procedido por *negación* (*supra* § 187 y s.) —negación de la metafísica y de cualquier modo de conocimiento *apriorístico*—. Negación de las bases de la ley; de sus fundamentos religiosos, o racionales (las definiciones ideales de la naturaleza del hombre, los principios morales de la Escuela moderna del derecho natural, o el mito del Contrato social).

Las *ciencias humanas*, que fueron la cuna del positivismo científico, se esfuerzan por imitar el método de las ciencias naturales, y no quieren ser ciencias sino de *hechos*. Al tratarse de las leyes, irán así a buscar sus causas al nivel de los hechos; sin querer saber nada, por principio, de sus fuentes trascendentes, ni de Dios, ni de la Razón pura. Porque ni Dios, ni la razón, son *hechos*.

La historia demostraría que la *Torah* —que se nos había enseñado a creer que había sido dictada por Dios a Moisés sobre el monte Sinaí— halla una explicación más segura en las costumbres cananeas. Freud y sus discípulos habrían descubierto el origen de las leyes en el deseo sexual que los hombres se habían visto obligados a reprimir. Y así verán la luz diferentes especies de «genealogías de la moral».

El triunfo de la ciencia positiva es la muerte de la ley moral. No hemos acabado de padecer sus repercusiones.

Un mismo destino va a caer sobre la ley de los juristas, que en la tradición moderna no era más que una consecuencia de la ley moral.

223. DESVALORIZACIÓN DE LA LEY. Los primeros golpes fueron asestados desde el *exterior*, fuera de las Facultades de Derecho y partiendo de las ciencias humanas. Recordemos algunos ejemplos ya señalados (§ 188 y s.).

Hume explicaba la aparición de las leyes jurídicas por el interés que sentían los ricos en ver garantizados sus goces, los comerciantes en que se mantuvieran las promesas, el Príncipe en fortificar su poder; y porque sobre todo eso, actuaron la costumbre y la educación. ¿Por

qué se las iba a seguir rodeando desde entonces de un *aura* religiosa?

Según los análisis de Marx, el culto de las leyes en sentido estricto salió de un *modo de producción*, y de la organización social: del corte entre la clase dominante de los capitalistas y la de los trabajadores. Con el fin de conducir la economía explotando a los trabajadores los capitalistas han forjado las *leyes*. Y confían su aplicación a sus fieles «criados» de la burguesía media. Sólo así estarán bien *interpretadas*.

Pero de pronto el sindicato marxista de la magistratura atestigua su compromsio por la política opuesta. En la infraestructura, están a punto de surgir un nuevo modo de producción y otras estructuras sociales. Entonces, en cuanto pase el intermedio de la dictadura del proletariado, sobrevendrá el *decaecimiento del Estado y del derecho burgués*. El positivismo legalista, producto histórico *transitorio*, estaría condenado.

Otros sociólogos se interesan por el estudio de las estructuras presentes de la sociedad más bien que por sus transformaciones. Las *leyes* nunca son las causas ni la sede auténtica del derecho. Para descubrir el derecho efectivo, la ciencia debe escrutar, más allá de los textos, el pensamiento colectivo del grupo, del cual las fórmulas legislativas no son más que un eco deformado (Durkheim). Más allá del derecho político, se ha de buscar el «derecho social» (Gurvitch), que segregan los grupos, y que en ellos se actúa efectivamente. Los hechos pasan a ser «normativos».

Etc... las escuelas de sociología se cuentan por centenares. Tienen gran prestigio. La televisión, para adoctrinar al gran público, prefiere recurrir a los científicos. En los sectores más avanzados de la cultura contemporánea se ignora a las Facultades de Derecho, con sus métodos dogmáticos —vestigio de la edad metafísica.

Los juristas les pagan con la misma moneda. La mayoría de ellos carecen de cultura general. Leen la literatura jurídica. Sin duda no evitaron que el maremoto de

las ciencias humanas viniese a corroer su sistema. El enemigo ya está *infiltrado*. Hemos visto modificadas la lista de los textos; registrada, la «rebelión de los hechos contra el Código»; la «libre investigación científica», consagrada como fuente del derecho por Gény o Heck, a título supletorio. Pero todavía seguían quedando a salvo los principios.

Pero ciertos juristas tienen un violín de Ingres, y presumen de filosofía. Y les acontece así que se dejan captar por una escuela sin haber hallado el tiempo de explorar las otras. Así Duguit, colega de Durkheim en Burdeos; Hauriou; los institucionalistas de diversos países; Ehrlich, en Austria: todos ellos se convierten a las virtudes del sociologismo.

224. Sobre el derecho libre. Pero si la supremacía de las leyes es una ilusión, ¿qué pasa? Dejar que el derecho se produzca espontaneamente, levantar acta de la libertad del juez con respecto a las leyes, y quizá de los justiciables con respecto a las sentencias de los jueces.

El primero de esos pasos se dio, en el momento en que las polémicas del *Methodenstreit* llegaban a su paroxismo, por un grupito de extremistas: la «*Escuela del derecho libre*». Había sido preparada por el movimiento de reacción «*antiformalista*». La palabra «formalismo» designa aquí (y este es un modo de hablar alemán) la prohibición, impuesta a los juristas, de apreciar el *contenido* de las leyes (*Inhalt*): es decir, su justicia, su utilidad. El juez no tendrá que comprobar más que si el texto procede regularmente de la autoridad competente, y el rigor de los razonamientos efectuados partiendo de los textos. El «formalismo» había alcanzado su punto culminante en los Pandectistas. Pero lo hemos visto desmoronarse, bajo los golpes de Jhering, de Philip Heck, de Gény; y en general, de todos esos autores que más o menos contaminados por la ola sociológica, reconocieron el papel autónomo, «creador», de la jurisprudencia.

La Escuela del derecho libre iba a empujar al antiformalismo hacia su extremo. Se desembarazó de las le-

yes. Ehrlich, al que hemos visto proceder a la «fundación» de la sociología del derecho (§ 190), lanzó la expresión de «derecho libre», de «invención» espontánea del derecho (*«Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft»*, 1903). No se atrevió todavía a sacar de ella todas las consecuencias prácticas, y a invitar al juez a desobedecer; pero observó que históricamente los jueces fueron los primeros autores de las normas llamadas de decisión (*Entscheidungs Normen*) que servían para zanjar los procesos. Las creaciones espontáneas de la jurisprudencia *preceden* a la redacción de las leyes, y no a la inversa. Sus sucesores arremetieron contra la ley, en nombre de la ciencia positiva (Kantorowicz: *«Der Kampf um die Rechtswissenschaft»*, 1906).

Una ola de *irracionalismo* se adueñó de la «ciencia del derecho». Se apoyó sobre las corrientes del *antiintelectualismo* que imperaban entonces en filosofía, desde Nietzsche a Bergson. Más que en la Razón razonante, se iba a confiar en la *intuición* espontánea del juez. Si es exacto que los jueces de los Estados modernos, en la redacción de sus sentencias, fingen haberlas inferido de leyes preexistentes, no deberemos dejarnos engañar por esta apariencia, sino aprovechar las lecciones de la psicología judicial. El juez ha decidido primero instintivamente, movido por su sentido de lo equitativo y de lo oportuno; luego, acomoda su texto a la norma legislativa. Y sólo a efectos de guardar las formas (Isay: *«Rechtsnorm und Entscheidung»*, 1929).

En la misma corriente irracionalista, llegará el tiempo de la exaltación de la «creatividad humana», de la primacía de la imaginación sobre la inteligencia, que a veces están presentes bajo la égida del «existencialismo» jurídico. Que es lo que yo llamaré el M. L. J. (Movimiento de liberación de los juristas).

Los «Realismos». Las ideas de la Escuela del derecho libre encontraron eco en América. El positivismo científico extendió allí su predominio, más que en cualquier otro

sitio, y floreció la sociología. Entre los filósofos del derecho de los Estados Unidos, el más conocido, el decano Pound, bautizará su doctrina como *Sociological Jurisprudence*. Pues lo cierto es que, en América, el combate no se entabla precisamente contra el mismo «formalismo» que en Europa continental; en el *Common Law*, no eran las leyes del Estado (Estatutos) las que pretendían constituir el derecho, sino los precedentes judiciales.

No manifiesta menos la influencia de la Escuela alemana del derecho libre; como por ejemplo, en la obra de Jérome Frank: «*Law and the modern mind*», (1930). Este autor, ansioso de adaptar la filosofía jurídica al «espíritu moderno», declaró la guerra contra el mito de la soberanía de los textos, y discutió las ventajas tradicionalmente reconocidas al positivismo legalista: certidumbre del derecho y pretendida previsibilidad de las sentencias. Frank denunció el culto de las leyes en nombre del psicoanálisis; veía en ellas una forma de infantilismo, de adhesión al «padre», y una necesidad patológica de autoridad.

Con Jérome Frank, todo el movimento del *realismo americano* se adhirió a la fórmula de Holmes (§ 117) de que el derecho «no es nada más que la previsión de lo que, en realidad, decidirán los jueces en lo porvenir»; previsión hecha en función de todos los factores de los que saldrá esta decisión: condición social, educación que lo ha hecho más o menos respetuoso de las leyes, carácter de cada juez.

Igual observación ha de hacerse con respecto al «*realismo escandinavo*», que desde su arranque con Hägerström, destructor de la «metafísica», trata de *desembarazarnos* de la superstición legalista. También él ha conocido, al menos en el círculo de los filósofos del derecho, una fortuna bastante sorprendente.

225. EL DERECHO INSTRUMENTO. Y digo sorprendente, porque en la práctica las posiciones extremas del derecho

libre no podrían llevar más que a unas consecuencias desastrosas: justicia entregada al azar, desorden de la jurisprudencia... Como, en general, todo el sociologismo.

Es absurdo confundir el oficio del derecho, que es activo, con una *ciencia* neutra, solamente descriptiva. El positivismo científico no lo ha logrado en absoluto; ha llevado a la mayoría de nuestros contemporáneos a reducir al derecho al estado de instrumento técnico. La *técnica* es la hermana gemela de la ciencia positiva moderna, cuyos resultados explota.

Esa es la tendencia dominante en los Estados Unidos —salida del utilitarismo inglés, en la línea de Locke, Hume, Bentham (*supra* § 86). En América se ha instalado una filosofía *pragmática.* Y se difunde por el mundo.

Estamos cada vez más formados en pensar el derecho como un utensilio que debe servir para la maximación del bienestar, el «desarrollo», o cualquier otro *fin.* El derecho constituye un instrumento de *control social.* El derecho es *social engeenering* (§ 118). Algunos americanos subyugados por los éxitos de Ford o de la Nasa han redactado manifiestos para la aplicación en el derecho de «métodos experimentales». Con ellos se explotarían los resultados de la sociología, de la psicología, y en caso necesario de las ciencias históricas (que para la técnica no tienen más que un papel auxiliar), igual que el constructor de un coche utiliza las lecciones de la Física y de la Química de los metales.

Metamorfosis y desaparición de la ley. ¿Qué le ocurre en esta perspectiva a la religión de la ley?

En un primer momento el tecnicismo no parece ser el enemigo de las leyes: se sirve de ellas. Las leyes son en los Estados modernos, un instrumento probado de control social. Mientras se extiende la dominación de la Técnica y se racionaliza la sociedad, no se comprueba el menor signo de «desvitalización» de la actividad legisladora. Crece en volumen, los textos proliferan.

Lo cual no impide que a largo plazo el tecnicismo sea fatal para las leyes.

1.° Mina su *autoridad*. Desde el momento en que es rebajada al papel de instrumento, la ley deja de ser un principio. Ya no tiene que apoyarse sobre esas fuentes que fundaban antaño su dominación: la Razón, o la voluntad general del pueblo. Además, sus verdaderos autores son las oficinas de los ministerios, las comisiones de expertos, ¡cuán frágiles y cambiantes! Si el número de sus textos se ha aumentado, es porque hoy cambiamos las leyes como cada tres o cuatro años se cambia de automóvil. A ejemplo de todos los productos de las ciencias positivas, la ley está aquejada de precariedad.

2.° Bajo el nombre de ley, que se ha conservado, se nos ofrecen entonces unos textos que ya no poseen aquellos caracteres suyos específicos: generalidad, abstracción, rigor del enunciado, permanencia. Se tratará de directrices: de «leyes-marco», de «leyes de orientación», que piden ser completadas por una profusión de decretos y resoluciones de aplicación y de circulares ministeriales. Abren entonces la puerta a la arbitrariedad de la administración. El derecho se pliega a las circunstancias particulares de cada momento. O bien tendrémoslas que vernos con el *Plan*, norma directiva para la gestión de la economía.

Se siguen enseñando los principios de la soberanía de la ley; sólo que la ley cambia de naturaleza.

3.° Hay que decir algo más: el instrumentalismo lleva por lo general a la *desafectación* de la ley, del grupo de las normas jurídicas. Pues en conjunto, las reglas del derecho, esa herencia de la cultura jurídica romana —las leyes o los códigos de los tiempos modernos— no constituyen el mejor medio de «*control social*».

Aplicación al derecho penal. A título de ejemplo, volvamos sobre los cambios del *derecho penal* (*supra* § 199).

Reinaba allí el principio de «legalidad». Había sido éste la condición de una justicia igual para todos. Ningún crimen podía ser imputado, ni pena alguna infligida por el juez, sino conforme a los términos de la ley.

Nuestra justicia está comprometida por la violación de este principio, al haberse revelado la estricta observancia de los textos como inadecuada para el resultado propuesto, que es la «Defensa social». Más que a la ley, se encargará ahora a los *expertos* psiquiatras, de determinar si hubo allí crimen. En cuanto a tratar al criminal, hay métodos más apropiados que la atribución automática de cierto número de años de prisión. Para volver a insertar al delincuente en la vida normal, será rentable volverlo a poner en libertad lo antes posible. Salvo para entregarlo a la vigilancia de «educadores» diplomados en pedagogía; con lo cual se evitarán las recaídas. O para tratarlo médicamente, con el consiguiente retorno del psiquiatra (cf. «*La Naranja Mecánica*»). ¡Medio arcaico el de la «represión»! Y mejor que cuidar, será *prevenir* por medios profilácticos.

Una «*política criminal*» ha de sustituir al derecho penal; más bien que sobre M. Peyrefitte, el actual ministro de Justicia, ella contará con el concurso de Mme. Veil, actual ministro de Sanidad, gracias a sus campañas contra el alcohol; sobre una política de grandes conjuntos, del trabajo, de la información, de los espectáculos, de la Televisión, del ocio, de la Educación.

Convengamos, en cuanto al ministro de Educación, que la mejor medida sería sin duda la de restaurar la creencia en los valores morales. Aquí el cientificismo confiesa su fracaso, puesto que empezó por destruir el Decálogo y la ley natural moral para, al término de sus análisis, volver ahora a descubrir su utilidad...

No es nuestro tema el explorar cómo el control de la *administración* tiende a sustituir a las leyes, en gran cantidad de otros sectores de la ciencia jurídica: derecho de la propiedad inmobiliaria urbana o rural, de la construcción, de las sociedades, monetario, régimen del comercio, contratos de todo género. A menos de que no se cambie del todo su definición, lo que venimos llamando ley está en vías de dejar su sitio a nuevas técnicas...

El espíritu tecnicista que nos invade tiene los mismos

efectos que el sociologismo, por ser el uno y el otro los hijos de la misma filosofía. El positivismo científico ha desacralizado la ley, no la deja sobrevivir sino amputada de sus títulos a la obediencia, y dispuesta a caducar.

226. RESULTADOS. Tras de lo cual no me asombro de que la filosofía tenga mala prensa entre los juristas.

Las filosofías moderna y contemporánea no han sido capaces más que de engendrar la sumisión incondicional a las leyes positivas, fruto de la metafísica moderna —que se revela impracticable— o la insurrección contra las leyes, producto del positivismo científico. El cual no vale más: la justicia no encuentra su sitio y a pesar de las divagaciones de la Escuela del derecho libre, es absolutamente cierto que la vida judicial no puede prescindir de leyes escritas.

En cuanto a flotar *ecléctícamente* del uno al otro de estos contrarios, como suelen decidir hacer los profesionales, yo califico esa doctrina de nadería metodológica.

* * *

¿Qué tendría, pues, que aportar una metodología jurídica? Hay que *medir* el poder de las leyes. Nos son inútiles las doctrinas extremas: los sistemas del *Todo* o *Nada*, el dogma de la soberanía de toda ley, o las negaciones de la Escuela del derecho libre. Un método digno de este nombre debería enseñarnos a discernir *cuando* los textos son aplicables; y suministrar, para este fin, unos criterios racionales y un procedimento, con el fin de que esta elección no sea dejada al azar o al empirismo.

Queda un único remedio: *reflexionar* sobre lo *que es* la ley, cuáles son sus orígenes, cuáles sus razones de ser y sus títulos para la autoridad. Nos hace falta una filosofía de la ley.

CAPITULO II

UNA FILOSOFIA DE LA LEY

Artículo I

ORIGEN DE LAS LEYES ESCRITAS

227. EL ORDEN NATURAL ANTES DE SU FORMULACIÓN. Cuestión previa: desembaracémonos de aquella definición de la ley de donde salió el positivismo legalista: en la que *la fórmula* legislativa *crea el orden* jurídico, lo precede; y *el orden* coincide perfectamente con la fórmula de la ley. He creído que debía de reconocerle un origen teológico: *In principio erat Verbum*... «En el principio era el Verbo... y por El todo fue hecho». Dios crea el mundo por su «*Palabra*», al llamar a las cosas y al dar su ley a todas las cosas, a los astros, a la tierra, al mar, tanto como a los hombres. Ved el artículo de J. L. Vuillerme (A. P. D. 1980): un gallo fue condenado a muerte, en pleno siglo XVI, porque, al poner un huevo, había desobedecido a los *mandamientos* del creador de la Naturaleza.

La ley se nos dictaría desde arriba —como el Corán, que «cayó de los cielos». En las civilizaciones paganas de la antigüedad, tampoco faltaban oráculos (en griego *themistes*) derivados de la boca de los dioses o de los profetas. Un fragmento griego del Digesto llama a la ley un *doron theou, donum Dei* (D.1.3.2.).

Esta es la misma concepción de la ley que nos ha parecido haberse perpetuado en la edad de la «metafísica»: sólo que habiendo sustituido al Dios legislador, por el príncipe temporal, por el pueblo soberano, por la razón, o (según los positivistas) por la fuerza bruta de los gobernantes.

Pasemos a la filosofía clásica del *derecho natural* (*supra*, Título II, cap. 2). La «fuente» del derecho es la naturaleza. Existe un orden, *cosmos* —inmanente en el mundo, y que se ofrece ante nosotros para que lo descubramos. Aquí *el orden precede a la fórmula*, por la cual, en un segundo tiempo, de modo siempre imperfecto y más o menos inadecuado, los hombres tratarán de expresarlo [1].

228. LEY EN LA NATURALEZA. La palabra *Nomos* (que se traduce por ley) es una de las más cultivadas por los autores griegos. Antes de que designase una fórmula escrita, parece haber significado el «reparto» (*nemein*), que nosotros presentimos existe en el seno de las sociedades humanas — y del Universo.

Y por eso Píndaro, Heráclito y muchos otros griegos exaltan el *nomos*. La idea de un *nomos* universal será recogida y muy practicada por los estoicos. Así, el estoico Crisipo recoge por su cuenta la fórmula:

O Nomos pantôn basileus. Texto reproducido en el Digesto: *Lex est omnium regina* (D.1.3.2.).

Pero no nos equivoquemos; estas máximas dicen lo contrario del «legalismo»: la ley de la que aquí se trata, «reina de todas las cosas» (incluido en ellas, sin duda, el derecho) es, en efecto, *informulada*, es una ley no escrita (*nomos agraphos*). No es posible deducir nada de ella (por ejemplo un fallo jurídico).

1. El griego *cosmos* evocaba la belleza del mundo, la belleza de las cosas, y de sus movimientos que ellos mismos están ordenados. Es la obra de un Supremo Organizador. Pero nosotros ignoramos los principios de dicho ordenamiento (*taxis*).

Y tampoco cabría calificarla de ley *positiva, puesta* por un legislador; a menos que por analogía, y comparando el orden de lo real con los preceptos de un legislador, no sea ella llamada «un don de Dios». Pero ese Dios —el Dios de los filósofos— podría entonces no ser nada más que una manera de designar el principio del orden natural.

Entre los cristianos, nadie duda de que el orden del mundo emana de un Dios creador. Abramos en la *Summa* de Sto. Tomás el *Tratado de las leyes* (I.ª Iae q. 90 et ss.): la primera especie de ley, primer sentido del término, es para Sto. Tomás la «*Lex aeterna*» (qu. 91 art. I) —noción tomada de S. Agustín: el pensamiento de Dios creador dando su orden al Universo— al cual añadirá que la *Ley Natural* (art. 2) es su reflejo en el mundo creado. Dios «ha dispuesto todas las cosas por orden».

Pero estas dos leyes fundamentales, tampoco son *explícitas*. Los hombres ignoran los principios de este ordenamiento. El arquitecto divino no les ha participado su Plan.

¿Entonces, son útiles? Seguramente que no: porque esta ley no escrita es la *fuente* de las leyes escritas.

229. LEYES ESCRITAS. Este es, en efecto, un segundo sentido del término griego *nomos*, o del latín *lex:* pues si los atenienses se jactaban de vivir bajo el gobierno de las leyes, en *nomocracia*, parece que era porque disponían de leyes *escritas*, y se enorgullecían de respetarlas (aunque también puede que se tratase de la costumbre no escrita de Atenas). En Roma la palabra *lex* solía significar un texto escrito, leído ante los Comicios por un magistrado. Los lingüistas hacen derivar esta palabra latina *lex*, de *legere* (y del griego *legein*) que quería decir «leer» (pero también «escoger»...).

¿Qué especie de relación mantenía la ley en el sentido de texto escrito, con esa otra Ley que significa el orden implícito de la naturaleza?

Los *Sofistas*, esos contestatarios de la Antigüedad, no

vieron entre ambos conceptos más que una oposición radical. El *nomos*, ley convencional, les pareció que constituía lo contrario de la *physis*, orden natural. Y empezaron así a enseñar el desprecio de las leyes.

Se tendría que preferir —decían— a las leyes escritas «positivas», que carecen de título para que se las obedezca, la ley de la naturaleza, que dice lo contrario de las leyes positivas. Según el orden de la naturaleza, los peces grandes se comen a los peces chicos, los lobos a los corderos. Y, por tanto, exhortaban a Alcibíades a que se adueñase de la tiranía, mofándose de las leyes de Atenas; y a los atenienses a que les impusieran su dominación a los Melitenses, porque los Melitenses eran más débiles (relato de Tucídides).

Pero la doctrina de los Sofistas era *paradójica*. Sócrates la refutó. Enseñó (con sus discursos y con su muerte) el respeto a las leyes atenienses. Y ni Platón ni Aristóteles volverían a *oponer* la ley escrita a la naturaleza.

Es cierto que la ley escrita puede diferir de la ley natural, pero no es su contraria: digamos más bien que *deriva de ella*. Y que, del mismo modo que el *arte* humano es imitación de la naturaleza, la ley escrita constituye una tentativa de los hombres para expresar la ley natural.

230. UN PRODUCTO DE LA DIALÉCTICA. ¿Por qué método puede la ley escrita «*derivar de la ley natural*» (Sto. Tomás, I.ª, IIae q. 95, art. 2)?

Sin duda hay varios modos de «derivación». Aristóteles escribe en su *Retórica* que al hombre le acontece llegar a una especie de «adivinación» (*manteuein*), de intuición directa de una parte de la ley natural. Así le ocurre a Antígona con su ley «no escrita», que ella descubre dentro de sí misma. Sto. Tomás hablará igualmente de la «*sindéresis*», o presencia en nosotros de los «primeros principios» de la ley natural moral: «hay que hacer el bien, y rehuir el mal». Pero de estos principios generalísimos no se infiere solución alguna de derecho.

Los textos de derecho positivo no pueden «derivar»

de la ley natural cósmica por el camino de la lógica formal. Porque la ley de naturaleza —el *nomos* en el sentido original de la palabra— está informulada, no es una proposición; y no podría servir de premisa para un razonamiento deductivo. Es el mismo orden cósmico oculto en las cosas.

Este es el momento de recordar que la filosofía clásica dispuso de un método desconocido por nuestra cultura moderna. Lo hemos llamado *dialéctica.* Y por algo nos hemos dedicado, desde el comienzo de este libro, a volverla a descubrir (Título I, cap. 2). Pues nos parece que proporciona la *clave* no sólo del concepto clásico de *derecho natural,* que este método presupone (§ 206), sino de las *leyes escritas, positivas,* de su origen y de la naturaleza de su autoridad.

La dialéctica parte de lo concreto, de la *observación de las cosas,* cuyo orden inteligible se dedica a resaltar mediante el cotejo de opiniones, que reflejan los distintos puntos de vista sobre el objeto; llega a unas conclusiones, que Aristóteles llama *oroi,* o definiciones explícitas de lo que es la cosa disputada. Estas conclusiones serán falibles, no demostrativas, imitaciones siempre fallidas de la ley de naturaleza viviente, que nuestras fórmulas escritas nunca conseguirán fijar.

Así nacieron las reglas de derecho. Y eso es lo que funda su autoridad, y lo que también permite medir su insuficiencia. Enseguida nos explicaremos sobre ello. (§ 240). Pero, por el momento, veamos esta otra consecuencia:

231. DIVERSIDAD DE LAS LEYES. Abrid el diccionario: comprobaréis la incoherencia de las acepciones del vocablo ley. Son muy heteróclitas. Encontraréis las *leyes-mandamientos* de una autoridad soberana: ley de los juristas, ley moral, que, según Kant (cuya filosofía moral es generalmente aceptada), yo me doy a mí mismo. Pero también están allí las «*leyes naturales*» de las ciencias

positivas, fórmulas mediante las cuales expresamos algunas relaciones constantes entre hechos. Y las leyes de la estética o de la lógica, etc...

Hoy la palabra «ley», como la de «naturaleza» (§ 195) se ha *desintegrado*; ha estallado en una multitud de significaciones disgregadas. Lo cual fue un efecto del nominalismo, destructor de la analogía —y de la coincidencia en nuestro lenguaje de varios sistemas de pensamiento: la idea griega del orden cósmico (cuya huella puede llevar aun el uso científico de la palabra) y la corriente teológica.

Si me refiero por el contrario a los análisis de Aristóteles, obtengo un cuadro ordenado de la diversidad de los empleos de ese mismo vocablo. Partimos de la idea de que existe una armonía dentro de nuestro mundo. De ahí nacerá un abanico de sentidos derivados, conforme vayan intentando los hombres captar y reducir a fórmulas tal o cual parte de este orden, por vía dialéctica; ya que lo propio de la dialéctica es *especializar* su investigación. Pues como Dios no nos ha dotado a cada uno sino con una inteligencia limitada, no somos capaces de considerar en cada debate más que un aspecto del ser, un tema bien determinado (§ 165).

El *físico* considera los *movimientos* naturales de los seres. La *Política* se interesa por las constituciones de las ciudades, la *Etica* por las costumbres, por los caracteres, virtudes, vicios de los individuos; la lógica por los razonamientos ya sean demostrativos de los sabios, dialécticos de los filósofos, o persuasivos de los oradores; y la *jurisprudencia*, por el reparto de los bienes y de las cargas entre conciudadanos. Los griegos nos prestaron el servicio de distinguir estas múltiples artes, que desembocarán según su materia —objetos inertes, relaciones sociales, o conducta humana— en resultados de naturaleza extremadamente diversa.

Las proposiciones de la física no cumplen la misma función que los textos de los moralistas, ni tampoco presentan la misma forma gramatical. Aparecen entonces las

diferentes especies de las leyes escritas. La ley, común en su origen, *se diversifica al escribirse.*

* * *

Pero me he aventurado demasiado. Confieso ignorar —éste no es mi cometido— a cuáles de estos textos fueron aplicados en el uso lingüísico antiguo los términos de *nomos* o de *lex,* y cuáles fueron las disciplinas de las que dependían.

Pues todas las ramas que el postulado del *nomos* cósmico, del orden inmanente de toda la naturaleza, podía producir, no crecieron en el mismo momento. Y acaso habría que esperar a que, hacia el comienzo del siglo XVII, se implantase la creencia en el «determinismo» del mundo de las cosas inanimadas, para asistir a la emergencia de las «leyes» escritas de la Física.

Surge entonces una cuestión. Ya sé que es insólita. Pero como nuestro propósito es precisamente el de determinar en qué consiste el derecho positivo, no cabe eludirla: ¿es que, en el lenguaje estricto, los textos *jurídicos* merecen el apelativo de leyes?.

Artículo II

ESPECIFICIDAD DE LA REGLA JURIDICA

232. EL MONISMO MODERNO. Tras haber desmitificado la ideología del origen de las leyes, hemos de atacar a un postulado que ha pervertido toda la ciencia jurídica moderna: el derecho se identificaría con las *leyes,* con cualquier especie de ley (o de anejo y prolongación de las leyes, como sería la jurisprudencia), por la única razón de que ella emana de la autoridad competente.

Lo cual es un efecto de la concepción *imperativista:* la

ley viene de arriba, y por consiguiente, en cuanto se ha comprobado que un poder soberano la ha promulgado efectivamente en las «formas» requeridas, no cabe ya más que aplicarla. De ningún modo se puede distinguir entre los textos según su *contenido*. En el fondo —dejadas aparte las leyes *científicas*, que desde la desintegración del concepto de ley universal viven un destino separado— el pensamiento moderno no conoce más que una forma única de ley. Y en particular los modernos no pudieron liberarse de la *confusión* entre la ley jurídica y la ley *moral*.

Ya sé que se enseña lo contrario: que desde el siglo XVIII, Pufedorf, Thomasius y Kant habrían separado el derecho de la moral. La moral sería «autónoma», el derecho impuesto desde el exterior, las leyes jurídicas emanarían de los poderes públicos. Sin embargo, me acuerdo de haber oído a Georges Ripert, un lúcido defensor del positivismo, señalar la dependencia del derecho con relación a la moral. Y observo que todos nuestros manuales persisten en definir el derecho como un conjunto de «*reglas de conducta*»...

Una regla de conducta no deja de ser moral porque la sociedad decida imponer su observancia; y porque en lugar de ir a misa, las leyes nos obliguen a evitar los excesos de velocidad y a llevar cinturón de seguridad, todos estos actos no dejan de ser deberes morales.

Con relación a los cuales el arte del derecho no tendría más que un papel auxiliar: el jurista no es el autor de las reglas de conducta moral. No puede ser más que su ejecutante. Con relación a las leyes ocupa una posición de subordinado.

Ha llegado el momento de poner fin a esta dominación de la moral sobre el derecho; de volver a enseñar a disociar las «leyes» y el derecho. Es manifiesto que *la ley desborda el derecho*, e incluso que, estrictamente hablando, le es extraña: las *leyes* —en el uso más habitual— dependen de la moral. Las *reglas jurídicas* difieren de ella por el objeto, por la fuente y por la forma. Vamos a ayudarnos de la historia para aclarar este punto.

233. LAS LEYES SON MORALES. Los términos de *nomos* y *lex* sirven sobre todo para designar unas reglas de *conducta.* Al menos así sucede en su especie principal: siempre ha sido un uso lingüístico el aplicar el término genérico a la especie tenida por primordial (así, en francés, la palabra hombre designa el varón).

Son así llamadas leyes *las de las ciudades*; las de Licurgo, Solón, Clístenes, Numa Pompilio o los Decemviros. Sacadas de la naturaleza, según el análisis de los filósofos griegos, que oponiéndose a las mitologías, atribuyeron gustosamente su paternidad a los *sabios.* Empédocles, Platón, el mismo Aristóteles (en un libro perdido) creyeron poseer la vocación de legisladores. Los filósofos tienden a pensar estas leyes como obra de *conocimiento*; como resultado del estudio de los comportamientos, en cada ciudad.

Son también *leyes* las leyes *universales,* que desbordan el marco de las ciudades: las que según Sófocles percibe Antígona, o las que en el mundo helenístico codificarán los cosmopolitas estóicos.

¿Cuál es su *contenido*?. Para los estóicos no hay duda alguna: dependen de la moral. Pero ¿y las leyes escritas de las ciudades? Rigen las costumbres, los matrimonios, el lujo, las comidas públicas, los funerales, etc... En cuanto a las obras de los filósofos (Platón, Cicerón), apenas si se refieren al derecho. Se trataba en ellas de los dioses, de la religión, de las costumbres sexuales, y amplísimamente de la *educación.*

Por lo demás el que las leyes estuvieran redactadas muy concretamente y el que requirieran ser sancionadas y sostenidas por la coacción pública, nada de ello les quitaba el carácter de reglas de conducta moral. Parece que su fin era el de instituir, para una ciudad o para el conjunto de la *cosmópolis,* un *modo de vida.*

Paso a la literatura judeo-cristiana. Cuando se tradujo el Antiguo Testamento, se vertió por *Nomos* y *Lex* la palabra judía *Torah* (§ 181). Pero aunque la ley judía «antigua», tal como la analiza Sto. Tomás, tenga también in-

cluídos algunos preceptos de los que él llamará «judiciales» (§ 237), el corazón de la *Torah* es el *Decálogo*: «No esculpirás una imagen, no robarás», y sus anejos: «Guiarás al ciego en su camino, etc...».

En los Padres de la Iglesia cristiana, en el género *apologético*, fue un tema constante el de la comparación entre las *leyes* de las ciudades paganas y la *ley* cristiana. Se comparaban así dos *modos de vida*, dos sistemas de conducta moral.

Y desde Orígenes a San Agustín, se desarrolló una abundante literatura sobre la «ley» cristiana, antigua y nueva. Culminó en el maravilloso *Tratado de las Leyes*, de Sto. Tomás (Ia IIae q. 90 y s.), que ha sido definido como un tratado de «la economía de la Salvación», de la conducta del hombre hacia su fin último. Lo cual no le impide a Sto. Tomás el insertar allí, tras las huellas de S. Agustín, una serie de cuestiones sobre las leyes «temporales» humanas, que van a particularizar los preceptos de la moral universal, adaptarlos a las circunstancias, y proveerlos de *sanciones*. Y es que, contra lo que piensa Kant, el destino ordinario de las reglas de la moral es a veces el de ser impuestas.

Las leyes *morales* —«no matarás, no robarás, cumplirás tus promesas»— constituyeron, para la Escuela moderna del derecho natural, la fuente primera del *derecho* (§ 181 y s.).

En Roma, una tradición —sobre todo *literaria*— asignaba ya como fundamento al derecho las leyes de las ciudades: y de ahí aquella frase de Cicerón de que las XII Tablas habrían constituído la fuente de todo el derecho en Roma —«*fons omnis juris*»— y todavía más, la ley moral cosmopolita estoica (según el mismo Cicerón, en sus Tratados de las *leyes* y de la *República*).

Pero esta tradición no nos parece hoy la más atinada.

234. LAS LEYES NO SON DERECHO MÁS QUE EN SENTIDO IMPROPIO. Empezaré por exponer las razones. Según el análisis semántico que de ellas ofrece Aristóteles, sobre las

palabras de justicia y de derecho pesa un *equívoco* ineluctable, y que está ya señalado desde las primeras líneas del libro V de su *Etica*.

Se puede entender por justicia (*dikaiosunê*) la justicia particular, la de las cuatro virtudes cardinales, cuyo objeto propio es el de distribuir a cada uno su parte: de ahí salió la idea de derecho en sentido estricto (*to dikaion-jus*). Sentido riguroso y propio del término.

Pero existe otra acepción de la misma palabra: y es la de justicia «*general*» —suma de todas las virtudes en cuanto que todas pueden concurrir a la armonía del grupo social, incluso la prudencia, el valor y la templanza, la sinceridad, el altruísmo; se trata entonces de justicia «*legal*» (*Eth. Nic.* 1. V comienzo —*supra* § 30 y s.).

¿Por qué es ambigua la palabra *justicia*?. ¿Y no se puede evitar que a veces revista el sentido de justicia «legal», observancia de las leyes morales —propias de una ciudad o universales? La experiencia histórica nos lo refiere. Pues se comprueba efectivamente que el *orden social* (con el cual se relaciona la «justicia») no estuvo asegurado durante mucho tiempo más que por una red de reglas de conducta.

Antes de la invención romana de la ciencia del derecho en su sentido estricto, el único procedimiento de acondicionamiento de la coexistencia social fue una legislación moral, provista de sanciones. El pueblo judío no tuvo otra, ni probablemente todos los pueblos (verdad es que hoy son cada vez menos numerosos) en los que no penetró la influencia de la cultura greco-romana.

Y además, muy amplios sectores de las relaciones sociales *nunca* fueron protegidos más que por las leyes morales (§ 37). El derecho en su sentido estricto no se ejercitó más que en la comunidad política: fue tan sólo «derecho civil». La vida familiar no se organizó más que por una red de deberes morales. Y lo mismo las relaciones de paz o guerra, el comercio, el respeto a los Tratados, los intercambios de embajadores, y el régimen de hospitalidad entre las ciudades griegas. También la comunidad *interna-*

cional: cuando todavía no habíamos reconocido a la China de Mao-Tse-Tung, se negociaba sin embargo con los chinos, sobre la base del respeto a la palabra dada.

Las leyes morales constituyen el *fondo* del orden de toda sociedad. Su importancia es cardinal, incomparablemente superior a la del derecho propiamente dicho. Aquí está la parte de verdad de las filosofías de la Escuela moderna del derecho natural: ninguna comunidad es viable allí donde se mata, se roba, se miente. En las sociedades en donde no existe más que esta especie de justicia social, no podrá evitarse que el *derecho* se confunda con la observancia de las *leyes.*

235. Leyes morales en el derecho romano. Consultemos la literatura jurídica romana, pues no estuvo exenta de esa confusión. El derecho romano, históricamente, es un conjunto complejo, un conglomerado de múltiples capas acumuladas en el curso de los siglos (*supra* § 53).

Queda fuera de nuestro propósito el derecho de la Roma antigua, en donde el orden social se rigió, sin duda, por unos imperativos, preceptos de conducta. En la época que nos interesa, el derecho criminal seguía estando concebido, de preferencia, como un auxiliar de la ley moral pública, a la cual venía a sancionar.

Pero, sobre todo, el *jus gentium,* antepasado de nuestro «derecho internacional», dependía de la moralidad. Grecia no había tenido más que una *moral* internacional.

Destinada, eso sí, a una vasta fortuna. En los imperios helenísticos, después de Alejandro, no hubo más regla común que una legislación moral, a la cual proveían los estoicos.

El Imperio romano recogió esta herencia helenística. Tuvo que acondicionar los diversos intercambios, el comercio y la hospitalidad a través de múltiples ciudades. Lo hizo mediante la intromisión de un sistema de deberes morales: deber de asistencia mutua, de fidelidad a las promesas de piedad familiar y de humanidad. Un flujo de moral estoica se infundió en el *jus gentium.*

De ahí resulta que la palabra *jus* conserva un sentido incierto y muy elástico. En particular, el *jus naturale*. Los juristas romanos empleaban poco ese concepto y raramente en el sentido primero y filosófico que discernimos en Aristóteles; no era asunto suyo el filosofar. Pero al trazar un cuadro del conjunto de sus instituciones jurídicas, designaron por ese término, o bien las relaciones sociales que serían comunes a todos los «seres animados» —esta es la célebre definición del Digesto (D.I.I.3, Ulpiano)— o algunas otras veces lo identificaron con el *jus gentium*: y entonces consistía sobre todo en reglas de moralidad.

Fortuna histórica. Comprendo, pues, que los autores de la Escuela moderna del derecho natural creyeran haber permanecido en el hilo de la tradición del derecho romano, cuando intentaron sentar las bases de una sociedad liberal sobre la ley natural moral.

Grocio empezó por el derecho internacional el *jus gentium* (*De jure belli ac pacis*). Y la mayor tarea de los juristas de la Europa moderna fue la de constituir un *jus commune* para los Estados superando la diversidad de las costumbres locales.

El ejemplo extremo es el de los Estados Unidos. Los americanos, abigarrada mezcla de inmigrantes, no hallaron otra regla común que la moral puritana. Del mismo modo, la burguesía liberal francesa, que no desdeñaba apoyarse sobre los sermones de los párrocos de la Iglesia católica —y esa era la filosofía social de la condesa de Ségur—, creyó posible organizarse sobre estos únicos preceptos: no robar, cumplir los contratos, y reparar honestamente los daños causados por la propia culpa. En la actualidad inmediata, funciona sobre estas reglas de moralidad el mercado negro.

Añadamos que los constructores del lenguaje moderno se inspiraron en la tradición *literaria* de la Antigüedad; fueron más lectores de Cicerón y de Séneca —ensalzado por el Renacimiento humanista—, que del *Corpus Juris Civilis*.

Pero si de esta literatura se pasa a los textos de los técnicos, de los especialistas, fundadores del *jus civile*, se obtiene una muy distinta imagen del derecho positivo.

236. Las reglas del derecho. El Digesto se guarda de asimilar el derecho y las «leyes». Al principio de su libro I, les consagra dos títulos diferentes. Si he de creer al romanista Schulz, autor de una reputada obra sobre «los principios del derecho romano», la primera de las cualidades de la cultura jurídica romana fue la de aislar el derecho de la moral (*Isolierung*).

Buen conocedor de esta literatura jurídica, Sto. Tomás siguió cuidando de separar su Tratado de las *leyes* (*regula actuum* —que gobiernan la conducta humana) del Tratado del *derecho* (*De jure*) y de la justicia particular. He aquí el momento de *disociar* rigurosamente los textos de *derecho*, de las leyes en sentido estricto.

Autores. 1.º La fórmula de Cicerón nos engaña, pues presenta el derecho romano como derivado de las leyes o de la más elevada filosofía. Mientras que el derecho civil tiene sus *autores* propios, que no son unos legisladores, ni unos moralistas estoicos.

Según el testimonio de Pomponio, que era mejor técnico en la materia, el *jus civile* en sentido estricto (la invención romana) fue la obra de los *jurisprudentes*, y se originó ante la ausencia de cualquier texto escrito (D.I.2. 2.12). Roma innovó porque dispuso de una corporación autónoma de jurisconsultos, que seguía faltando entre los griegos, pero cuya constitución había sido previamente requerida por un texto de Aristóteles, en su *Retórica*.

Fuentes. 2.º ¿Por qué? Pues porque después de Aristóteles, se había hecho posible una ciencia jurídica autónoma. *La materia prima* del jurisconsulto (esta parte del orden cósmico sobre el cual se centraba la atención de los jurisconsultos) difería de la del moralista. El moralista se dedicaba a las conductas de los *individuos*, a sus caracteres, sus virtudes y vicios; escrutaba las «inclinaciones na-

turales», la «naturaleza del hombre» como individuo; y deducía de ella una moral. Pero al jurisconsulto le correspondía observar las *relaciones* sociales. El jurisconsulto se interesaba, como Gayo en sus *Instituciones*, por las relaciones *entre* las personas, cosas, o especies de procedimientos; pero ante todo elegía como objeto de estudio las causas, los *casos* litigiosos, en los que, por lo menos, estaban implicadas dos personas (§ 209).

Interferencia de las leyes morales. Claro es que *tenía en cuenta* las leyes morales, tanto las propias de la ciudad romana como las universalmente aceptadas. Nadie dudará de que las leyes morales no *interfieran* en las cuestiones de derecho. Acabamos de decir que constituyen un componente de toda vida social.

Imaginemos un asunto de derecho penal, en el que el juez ha de distribuir unas penas. Van a intervenir allí por descontado ciertas leyes morales, que prohiben o no tal conducta. Pero del precepto que prohibe robar la cosa de mi prójimo, ¿qué juego de prestidigitación haría salir una solución jurídica? ¿En qué permitirá este precepto determinar, primero, si la cosa litigiosa es o no la de mi prójimo?. Y, antes de infligirme ocho días de prisión, aún habría allí que considerar una multitud de otros factores antes que la moralidad de mi conducta: el interés de los terceros, el de la sociedad... Las reglas morales de conducta jamás son otra cosa que uno de los *factores* del problema jurídico.

Forma. 3.º Los textos jurídicos difieren de las conclusiones de la moral hasta en su *forma.*

Las proposiciones de la moral, que sin duda se fundan sobre el estudio y la descripción de las costumbres, tienden no obstante a gravitar sobre el obrar humano. Dentro de su vocación normal está pasar al modo *preceptivo.* Uno de los caracteres distintivos de la *lex* —dicen los romanistas— es el de escribirse en modo *imperativo*: la ley *manda* a las conductas de los ciudadanos.

Ved por el contrario en el Digesto ese título final (L.

17), en el que Triboniano quiso recoger los últimos logros del trabajo de la jurisprudencia: comprobaréis allí que él se expresa en modo *indicativo*: igual que la mayoría de los textos de nuestro Código civil, según observa Jean Ray, están redactados también en modo indicativo. Pues lo que, en efecto, se pide a la ciencia del derecho, y a la sentencia del juez, es la consistencia de un reparto, que diga qué bien, carga u obligación *son* de cada litigante. Eso se *dice*, no se manda. La tarea de ejecutar la sentencia se le deja a otro (§ 42).

La jurisprudencia nada tiene que ver con esa lógica, llamada *déontica*, que trata de las «normas» de nuestra «conducta» («Debéis *hacer* tal o cual *acción*»). Por el uso del indicativo, las conclusiones a las cuales llega la jurisprudencia más bien se asemejarían a las de los sabios de las ciencias de la naturaleza física que a las de las ciencias morales.

Y de ahí la notable consecuencia de que los textos jurídicos suelen padecer una interpretación *libre*. Ante el *imperativo* («sal de aquí») no cabe más que obedecer o negarse. Por el contrario un indicativo («conviene ir a tomar el aire») se presta naturalmente a ser *discutido* (infra § 243).

Nombres. 4.° No son «leyes» en sentido estricto: el uso ha preferido reservar esta palabra a la ley moral, que es la especie más importante. Se les llama *definiciones* (palabra que traduce el griego *oros*), *sententiae* —«*responsa*»— «opiniones» de los jurisconsultos —y una vez acabadas, «reglas de derecho»: *regulae juris*: *quae rem breviter enarrat* (D.40.17, § 208).

Los fundadores de la ciencia romana del *jus civile* (como Quinto Mucio Scévola o Servio Sulpicio) se propusieron inventar unas *reglas*; los romanistas denominaron a esa primera escuela la *Regularjurisprudenz*. Pero desde entonces se ha demostrado que la actividad productora de *regulae juris* no había terminado bajo el Imperio (Peter Stein). Y el Digesto las recoge y con ellas forma una *summa* en su último título (L. 17: *De diversis regulis ju-*

ris). Tuvo gran fortuna entre los juristas de la Edad Media.

En la medida en que el Código Civil saca su substancia del derecho romano no lo hace en absoluto de las *leges* romanas (la ley de las XII Tablas, y las leyes posteriores), sino de derecho del *Corpus Juris Civilis.*

237. DEL CONCURSO DEL PODER PÚBLICO. Es obvio que no discuto el que otros textos jurídicos hayan llevado en Roma la etiqueta de *leyes.*

¿Por qué denegarles este apelativo?. Las reglas jurídicas escritas constituyen leyes en sentido amplio; y, en general, pueden ser calificadas de *leyes* todas las disposiciones *escritas* que han resultado de la investigación dialéctica del orden natural. Tales son las *regulae juris,* fórmulas «positivas»: la expresión *jus positivum,* enaltecida en la Edad Media, sirvió para traducir el griego *nomikon,* es decir, legal (lo propio de las leyes escritas es ser «puestas», *ponere leges*).

Además, en el párrafo anterior, habíamos omitido el mencionar que las reglas de derecho no podían prescindir del concurso del *poder público.*

Y no porque la «sanción» constituya el criterio del derecho. También la *moral* usa de la coacción; y ocasionalmente les corresponde a los magistrados imponer la aplicación de las leyes morales, en tanto en cuanto pueda esto hacerse. Pero cuando se trata de poner término a unos conflictos, el apoyo de la fuerza es indispensable. La justicia nunca va sin espada. En ciertos casos los poderes públicos vienen a poner su sello a las decisiones jurisprudenciales, y —más tarde veremos por qué (§ 240)—, a añadirles algunas necesarias «determinaciones»: medida de las penas, organización del procedimiento (como hace una parte de la ley de las XII Tablas). El concurso de los órganos públicos es especialmente indispensable cuando hay necesidad de *reformar* malas costumbres.

Diversidad de los textos. De ahí nace una gran variedad de especies de textos positivos (*juris populi romani*

—Gayo, 1.2.)— que Sto. Tomás, al comentar este pasaje de Gayo, enlaza con las estructuras políticas y sociales del pueblo romano. Observa que la mayoría de los órganos públicos que en la verdadera constitución —que nunca será más que el «régimen mixto»— se reparten el gobierno, pueden cubrir con su autoridad, según los casos, tal o cual regla de derecho positivo. Los jurisconsultos (autores de *responsa*) representan allí el elemento «aristocrático» (los marxistas dirían que la clase dominante), y retienen cierto poder. El príncipe —lado monárquico— controla y patrocina los *rescriptos* de los juristas de su consejo, que forman la mayor parte de las «constituciones»... Cuando está en curso una reforma grave, de interés público, podrá suceder que una solución jurídica se cobije en una *lex* en sentido propio: la *lex* descansa entonces sobre un acuerdo del magistrado que la propone, del pueblo que la vota y del Senado que la autoriza, etc...

Si hoy hiciera falta clasificar los textos jurídicos según la misma filosofía, también se encontraría en ellos, bajo otros términos, una misma y grande diversidad.

Proposiciones llamadas «completivas». Cuando una solución jurídica llega así a convertirse en ley puede suceder que se manifieste bajo la forma gramatical *normativa* o *imperativa,* que dijimos caracterizaba a la ley en sentido estricto (§ 235).

Cómo es posible esta metamorfosis, nos lo explica un lógico, J. L. Gardies, por su análisis de las proposiciones «*mixtas*» o «*completivas*». El precepto «*no robarás*» es normativo, y Sto. Tomás (Ia IIae q. 100 y 104) lo calificaba de precepto «*moral*». Pero si yo *completo* esta fórmula y concreto: No robarás *las flores* producidas por tu rosal pero que desborden en casa del vecino, en el precepto imperativo ha entrado una verdad jurídica (*judicialia,* como dice Sto. Tomás): que las rosas son de tu vecino. Se hubiera podido escribir en indicativo. De esta manera se combina el derecho con la ley moral.

En la historia romana tardía, cuando hubo necesidad

de asegurar la unidad de la jurisprudencia a través del inmenso Imperio, y cuando se extendió el poder de una burocracia —separada de las leyes por el genio de la Roma clásica—, el derecho volvió otra vez a reunirse con la legislación. Las reglas de los jurisconsultos tomaron la apariencia de ser *incorporadas* al conjunto de las leyes de la ciudad, convertidas en constituciones imperiales.

Lo cual autoriza a los manuales a presentar el catálogo de los textos jurídicos romanos en el mismo orden y en los mismos términos que nuestros modernos manuales de derecho, y como si hubieran dimanado de la misma filosofía. Pero ¿no os habéis percatado aún de que una imagen absolutamente diferente del derecho positivo depende de la filosofía clásica?.

238. RESULTADOS. De este capítulo deberá retenerse:

1.° Que las reglas de derecho ganarían en ser distinguidas de las «reglas de conducta», aunque estas últimas fueran *sancionadas* por la fuerza de los poderes públicos.

El Estado, la Policía, la administración, los grupos profesionales —y otros órganos del «control social»— someten nuestras conductas a una capa de códigos y reglas deontológicas, cuyo peso nos aplasta. Es obvio que ellas son uno de los factores que el juez tiene en cuenta. Pero hacemos mal en llamarlas derecho.

Reconozcamos así con los juristas del *Common Law,* que los *Estatutos* (leyes de la ciudad) no son constitutivos del *derecho.*

2.° Que el derecho no desciende de un principio. Nace desde abajo y se difunde en una frondosidad de textos heteróclitos. No forma un «sistema unitario de normas». Roma no tuvo Códigos —ni tampoco la Edad Media— sino un sentido de recopilación, en un sólo volumen, de opiniones de proveniencia diversa, en alguna ocasión contradictorias. En ellas se encontraría mucha «*antinomia*». Pero ¿no es esa todavía hoy, en la experiencia contemporá-

nea, la misma comprobación a la que llega la Escuela de Bruselas?

De la independencia del derecho con respecto de la ley moral, y del pluralismo de sus textos, se seguirá para los juristas una mayor dosis de libertad con referencia al derecho positivo.

CAPITULO III

RUDIMENTOS DE UN ARTE JUDICIAL

Mientras que bajo la etiqueta de «derecho positivo» hipostasiamos unas reglas, fijadas, intangibles, el ser natural es movedizo, tenso entre la «potencia» y el «acto». Y así sucede con el derecho.

El mismo lenguaje debe reflejar su carácter *dinámico*. Aquí tenemos una ilustración de ello: el análisis que ofrece Sto. Tomás —en el *De Jure* (Ia IIae q. 57 art. I según D.I.1.11)— de las sucesivas derivaciones de los sentidos de la palabra *jus*, cuyo análisis paso a comentar libremente.

Hay un sentido originario: el *jus* es, ante todo, una buena proporción (entre los bienes que se reparten entre unas personas), una cosa, «el objeto de la justicia». Ahí está el *fin* perseguido, y lo esencial puesto que todo depende de la causa final.

Pero como «lo justo» es desconocido, está oculto en la *naturaleza* de las cosas, es menester buscarlo: este es el oficio del arte jurídico. Y la palabra *jus* puede emplearse así para designar el oficio del jurisconsulto —«*ars qua cognoscitur justum*».

Pero de ahí, proviene una nueva derivación: la obra del jurista debe llegar a unas sentencias o reglas *escritas*. Y el vocablo viene así a significar ese resultado, las sentencias dictadas por el juez, o el derecho positivo. Aunque sea imperfecto (*Licet... iniquum*); como las fórmulas del derecho positivo casi nunca consiguen adecuarse a la plena justicia, a la *aequitas*, siguen prestándose a una revisión.

A través de la historia semántica así esbozada de la

palabra *jus* se expresa el *movimiento* de todo derecho. No es que en el seno de este cuadro movedizo quede ignorado el derecho escrito, «instituido»: el *jus constitutum*, tal y como lo llamaban los romanos; las necesarias leyes positivas. Pero, al conservar la conciencia de su origen, conoce este sus *límites*. Y sabe así que más allá de la constitución de los textos del derecho positivo, prosigue la investigación de lo justo.

Artículo I

EL PODER DE LOS TEXTOS

He aquí, pues, una primera cuestión: ¿Qué autoridad ha de reconocerse a los textos? Problema que un profesional no puede eludir. Sin embargo, nuestros manuales no lo tocan más que de modo superficial. Las filosofías generales modernas y contemporáneas no les permitían elegir más que entre dos posiciones extremas: la obediencia al soberano (poco importa que éste fuera el Estado o la Razón de los moralistas), o el *rechazo*, cuando el ídolo estaba desmitificado.

Ni la una ni la otra de estas teorías absolutas son practicables. Ningún intérprete se contentará con ellas. Y sobre este particular, las compilaciones *eclécticas* sólo han aportado unas apariencias de síntesis.

Por el contrario, la filosofía tradicional de los juristas les ofrecía una orientación. Se hizo el esfuerzo de discernir las *causas* que, variables según los casos, justificaban el derecho positivo; y también las causas de su insuficiencia.

239. NECESIDAD DE LOS TEXTOS. Las reglas de derecho no han de ser aceptadas por obediencia. No hay necesidad de fundarlas sobre la Razón pura. Sino, muy sencillamente, de *observar la existencia* de las leyes escritas en todo

grupo social evolucionado, en el que se ha especializado el oficio judicial, y de percibir en él sus causas *naturales*.

Comento aquí algunas líneas de Sto. Tomás, inspiradas por un texto de la *Retórica de Aristóteles* (Ia IIae q. 95, art. 1 ad 2). La cuestión es si *fue* útil plantear fórmulas legales (*utrum fuerit utile aliquas leges poni ab hominibus*). Comprobamos que este fenómeno puede explicarse por tres razones: (además de lo que se explica más largamente en el cuerpo del artículo, es decir la necesidad general que tienen los hombres, inclinados a los vicios, de una disciplina que a veces es impuesta por la fuerza pública).

1.º Porque, en el interior de las ciudades humanas, la inteligencia está desigualmente repartida. No será «fácil», pues, encontrar allí gran número de sabios (*sapientes*). Haced una encuesta sobre la cultura y el cociente intelectual de la media de nuestros magistrados, y convendréis en que fue necesario guiarlos.

2.º No basta con conocer *un* asunto. No hay buena justicia sin la *experiencia* de una multiplicidad de casos, escalonados a través del tiempo. Esta experiencia no cabe esperarla de un juez cualquiera. En cambio la Roma republicana tuvo el genio de dotar con ella a la élite de sus jurisconsultos.

3.º De momento, ningún juez podrá evitar dejarse doblegar por sentimientos de simpatía, «de amor y de odio» hacia una u otra de las partes. Y su juicio «será así falseado» —*et depravatur judicium.*

Toda sentencia justa presupone cierto grado de *abstracción*. Es preciso que la justicia sea dictada «en lo universal», sin confinarse en el presente, sino para el porvenir «*de universalibus et futuris*». Definiciones universales que son, precisamente, el fin de toda investigación dialéctica (§ 168).

Sería, pues, falso asimilar la doctrina del derecho natural a las tesis de la escuela del derecho libre, de los «in-

tuicionistas», desdeñosos de los textos, partidarios de entregar el derecho a la fantasía de cada juez. El verdadero derecho natural no es *en modo alguno el enemigo del derecho positivo.*

El destino normal del derecho es el de convertirse en derecho positivo —último sentido, lo vimos antes, que en el límite extremo de su campo semántico, tomó la palabra *jus* en el lenguaje técnico de los juristas romanos. Este movimiento constituye un progreso —progreso de la potencia al acto, es decir, del estado informe, indistinto, del derecho natural a la *forma* de la regla escrita.

La filosofía del derecho natural ha engendrado en la historia al derecho positivo. Del hecho de que esta filosofía fuera recibida por la élite romana, en los últimos siglos de la República, surgió la floración de sus reglas y definiciones: reglas *generales,* que habían apuntado tan bien al «futuro» que todavía se las usa hoy. Y los edictos de los magistrados y un pequeño número de *leyes* jurídicas.

En la Edad Media se iba a repetir la misma historia. Una obra de Sten Garner (*Studien zur Ideologie der Gesetzgebung,* 1960) comprueba que en el siglo XIII, cuando la escuela de Sto. Tomás hubo redescubierto la filosofía del derecho de Aristóteles, se siguió una nueva ola de fabricación de *regulae juris,* que en la Corte papal, invadida por los discípulos de Sto. Tomás, llenaron las *Decretales,* que se atrevieron a confesarse constitutivas de un «derecho nuevo» (*jus novum*). Y que surgieron las *ordenanzas* regias. De ahí salió en Europa el primer auge de la legislación (cf. nuestro artículo «Sto. Tomás y el inmovilismo» en *Seize essais,* pág. 94 y s.).

240. SOBRE LA AUTORIDAD DE LOS TEXTOS. ¿Cómo justificar el poder de las leyes positivas? Desdeñaremos recurrir a los *mitos* del derecho divino de los príncipes y del Contrato social, a los fantasmas ideológicos de la soberanía popular, de la «voluntad general», o de la representación del pueblo por los diputados —puesto que hoy se considera que las leyes provienen de nuestros diputados.

Lo que, si no fuera ficticio, sería una prima singular otorgada a la incompetencia.

La autoridad de las reglas jurídicas se esclarecerá por su verdadero origen, el cual es ante todo *jurisprudencial.* Vuelvo a referirme a la *Summa* de Sto. Tomás porque sobre este asunto él ha condensado en dos o tres frases las conclusiones de la filosofía de Aristóteles y de la experiencia jurídica romana. IIa IIae q. 60: *De judicio,* art. 5, *Utrum sit semper secundum leges scriptas judicandum:* Si las sentencias han de ser dictadas «siempre» —pero más concretamente en cuales hipótesis— conforme a las leyes escritas. Se trata aquí de textos jurídicos, puesto que esta discusión se sitúa en el tratado consagrado al derecho.

Sí, el juez tiene sus razones para observar las leyes. Pero por encima de ellas habrá de tenerse en cuenta la pluralidad de los momentos de la investigación dialéctica, y la distinción que de ella infiere Sto. Tomás entre dos especies de textos jurídicos:

1.° *«Conclusiones». Legis scriptura jus naturale continet.* El texto recibe su autoridad, en primer lugar, del hecho de que él es la expresión del derecho natural. No el *mandato* dictado por un amo: sea este el príncipe, el *Führer,* el poder de las asambleas legislativas, o la burocracia kafkiana. Los modernos —en especial Suárez— derivaban la palabra *jus,* de *jussum, jubeo,* yo ordeno. Los clásicos preferían otra etimología: *jus quia justum.* El derecho positivo recibe su fuerza del hecho de que él incluye la justicia, el derecho natural. *Non habet robur ex lege, sed ex natura* (*ibid.*).

¿Afirmación hueca y gratuita? ¡Tal es la opinión de los positivistas!. Pero es porque son miopes. Hemos buscado la génesis de la mayor parte de los textos de la jurisprudencia romana, reproducidos en el Código civil, y los hemos visto salir de una «consideración de las *cosas*» (§ 208).

Sin duda habría que agregar que llevaban una parte

de arbitrariedad, de *decisión* discrecional, pero no puramente arbitraria. Lo propio de estas «conclusiones» es el haber sido *preparadas* a lo largo de un debate, en el que fueron oídas una y otra parte, y se esclareció el todo partiendo desde diferentes *lugares*, metódicamente, por el exigente procedimiento de la dialéctica.

Cuando yo era alumno de la escuela primaria, se enseñaba en ella que las ordenanzas del Antiguo Régimen procedían del capricho regio. ¿Acaso no lo confesaban?. «Pues así nos place». Sabido es que esta fórmula está sacada del vocabulario de las constituciones imperiales, de la famosa máxima de Ulpiano (Digesto, I, 4, I): *quod principi placuit legis habet vigorem.*

Pero hay un defecto de traducción. *Quod placuit* debe ser traducido: lo que le ha *parecido* al príncipe que es la mejor decisión, *después* de que el príncipe se ha aconsejado y recibido de una y de otra parte los argumentos de sus consejeros, una vez llegado el momento de cerrar la controversia. Esa misma palabra *placuit* servía así en Roma para designar los dictámenes de los jurisconsultos. Y ese era el sentido de la fórmula romana y francesa.

Para nosotros las reglas de derecho tienen valor de *conocimiento*, de conocimiento del derecho natural. Suele ser más corriente pensar que sus autores servían a sus «intereses de clase» o que Luis XV seguía los consejos de la Pompadour. Yo no estoy seguro de ello, si se trataba de un asunto de derecho civil. ¿Es que en historia del derecho habrá que explicarlo todo por la presión de los intereses particulares o de la lucha de clases? Una pseudociencia ha llegado a persuadir de ello a la opinión.

El realismo considera que cada cual se deleita naturalmente en hacer bien su oficio (el jurista en buscar la solución justa), y que en el interior de la comunidad pública los autores de las reglas de derecho no han tenido que ser forzosamente los peor escogidos. Para el ciudadano no hay otra actitud razonable que la de confiar en ellos, lo mismo que se confía él a su médico. ¡No es que las reglas de los jurisconsultos hayan sido perfectas y definitivas!. No poseen más que una verdad probable, dialéc-

tica. Pero al menos su texto representa *lo que es posible alcanzar*, en cada momento, en un grupo, por una investigación colectiva, y con los medios disponibles, acerca del conocimiento del derecho natural.

2.º «*Determinaciones*». El texto legal comporta unas disposiciones *creadas* por el legislador: por ejemplo, que tal delito será retribuído con una multa, cuya cifra concreta el texto; que se es mayor a los 18 años (los jurisconsultos proculeyanos fijaron la edad de la pubertad a los catorce años para los varones, mientras que Sabino seguía prefiriendo que para cada muchacho se comprobasen sus capacidades naturales —Gayo 1196). Al conductor se le asigna por nuestro Código de Circulación, el lado derecho de la calzada, más acá de la línea continua...

«*Derecho positivo*», en el sentido más estricto de este término. El derecho positivo, según Aristóteles (*Eth. Nicomaco* L. V.), es la parte del derecho, que «*difiere*» según la voluntad de su autor. Caso por excelencia de este género de reglas, es que, en Inglaterra, se circula por la izquierda, y en el Continente por la derecha. Pascal se indignaba de «esa justicia que limita un río». Y, en efecto, no se puede aducir la razón de tales diferencias.

Sto. Tomás declara que estas reglas convencionales están también «*derivadas* del derecho natural» (Ia IIae q. 95, art. 12). Distinguimos dos «modos de derivación». Ciertas reglas son las *conclusiones* de una investigación dialéctica del derecho natural, otras meras *determinaciones* de ese mismo derecho natural —*quaedam per modus determinationis*. Así como para responder a las necesidades (naturales) de una familia humana, es menester que el arquitecto imagine los planos de una casa, adopte unas medidas concretas y las adapte a las circunstancias, así también para servir a la justicia, es preciso, a título instrumental, que ciertos puntos sean *determinados*.

Tarea que recaerá —por la misma *naturaleza*— en el órgano público que tiene a su cargo (*curam*) un sector de

la vida común. En Roma el pretor determina los detalles del procedimiento; los juriconsultos proculeyanos, la edad de la pubertad; y en ciertos raros casos intervenía la Asamblea del Pueblo. Entre nosotros la policía es competente en materia de circulación...

La ley escrita «contiene», a la vez, esas dos especies de reglas. Una y otra tienen autoridad, en virtud del derecho natural, del cual una y otra son «derivadas».

No hay más que una sola palabra (*Dikaion-Justum*) para designar el derecho vislumbrado en el seno de la naturaleza y el derecho «instituido» por la ley. El «justo precio», por ejemplo, es justo positivo (no es más que un precio convencional, determinado por el mercado o por las tasaciones de los poderes públicos). La ley, porque está al servicio, y en tanto que ella se mantiene en su lugar de auxiliar, del derecho natural, posee el poder de crear lo justo. De modo que las determinaciones del derecho positivo alimentan la moral: y obligan, dice Santo Tomás, ante el «tribunal de la conciencia» (Ia IIae q. 96. art. 4). ¿Quién dudaría de que en el Continente no sea «pecado» circular por la izquierda?

* * *

Entre los clérigos progresistas cunde un gran desprecio por los preceptos del derecho canónico (ir a misa el domingo, ayunar en Cuaresma, todo eso está dentro del campo de la práctica religiosa). Este «juridismo», con el cual la abominable influencia de Roma habría infectado a la Iglesia, habría corrompido la moral del Evangelio. Nuevo indicio de la extraordinaria ignorancia en que los seminarios católicos mantienen a sus estudiantes sobre la doctrina tomista del derecho natural.

Para el cientificismo contemporáneo, las leyes no tienen otro fundamento que la *fuerza* de los gobernantes. Pero fundamento precario, ilusorio: no se puede poner un gendarme detrás de cada ley y en cada momento, y la fuerza es caprichosa, emigra constantemente de un partido al otro. En cuanto a las construcciones ideológicas

del racionalismo moderno, a las metafísicas del contrato social, del poder de la Razón pura, o del Estado hegeliano, todas ellas están a punto de desplomarse.

No hay —una vez más—, sino una *fuente*, objetiva, que pueda imponerse a todos, y que para las partes comprometidas en una controversia es su único campo de posible acuerdo: y es la naturaleza, o al menos la búsqueda del derecho natural. Cuando en un grupo, colectivamente, llega uno a forjarse una imagen de él —la menos mala que haya sido posible— la sabiduría está en contentarse con ella.

241. De las insuficiencias de los textos. No he dado cuenta sino incompletamente de las respuestas de Sto. Tomás. No se resumen por un sí o un no, como podría creerse por la lectura de los comentarios neo-tomistas. Son *dialécticas;* y por consiguiente, equilibradas.

En algunas *causas* de las que él logró inferir la autoridad de las reglas del derecho, Sto. Tomás aprovechaba la ocasión para señalar también sus debilidades. Aduzco dos ejemplos.

1.º *De la insuficiencia de las reglas generales.*

Se acaba de justificar la eclosión del derecho positivo por la necesidad que tiene la justicia, para prevenirse contra el riesgo de parcialidad, de prevalerse de textos generales (§ 239).

Un argumento cuya fortuna fue considerable entre los teóricos modernos. Hasta el punto de que la *generalidad*, para Montesquieu, Rousseau y Kant, se convirtió en criterio de la ley, en parte integrante de su definición, y pasó a ser condición necesaria para su validez. Pues la obsesión de la doctrina jurídica moderna es la *igualdad*, confundida con la justicia. Al tratar de la «regla de justicia», Ch. Perelman llega a plantear que lo que constituye la justicia de una solución jurídica es el que sea *igualmente* aplicable a otros en casos semejantes. Por ahí es

por donde se puede explicar el respeto de los jueces por los precedentes.

Ahora bien, antes de Kant y de Perelman, Platón, Aristóteles y Sto. Tomás percibieron esta necesidad. Si la dialéctica se nos ha aparecido como un método apropiado a las necesidades de la jurisprudencia, es porque tiene como fin el conducir hacia reglas o definiciones de carácter universal.

Sí, pero el texto de Sto. Tomás, después de haber esclarecido que la justicia está sedienta de fórmulas generales, añadía: «en tanto en cuanto puede hacerse» (*in quibuscumque est possibile*). Y eso no es verdaderamente posible. La desgracia está en que la dialéctica no lo logra sin un golpe de fuerza.

En razón de su materia prima, la dialéctica se ha instalado en una zona intermedia entre la ciencia y la retórica; la de las cosas que suceden con cierta regularidad, lo más a menudo, *in plerisque*, pero no de modo constante (*supra*, § 202).

El orden social, el reparto material de los bienes del cual cuida el jurista, dependen de esa categoría. Sufren el cambio, como toda cosa cuyo curso viene a perturbar la libertad humana. *Natura hominis est mutabilis*, no cesa de recordar Sto. Tomás en sus cuestiones sobre la justicia. No existe regla jurídica que sea a la vez verdadera y constante y universal.

No se privará uno de *plantearlas*, por la *decisión*, de carácter *discrecional*, que ponga término a la investigación. Pero es preciso saber que serán imperfectas. Tema de la insuficiencia de toda ley escrita, presente en Platón, el cual demostró en la *Política* la oportunidad de la ley escrita, pero que no podría constituir la auténtica justicia, porque sólo representaría la «justicia animada» del príncipe.

En el texto comentado más arriba, Sto. Tomás se refería a esa tesis platónica. Corre, como lugar común, a través de toda la literatura clásica. Para poner en acción la verdadera justicia —es decir, *la equidad*— escribe Aristóteles, haría falta una regla maleable, una «regla lésbi-

ca» (como las que se usaban en Lesbos), regla de plomo que ceñía los contornos de la cosa medida. El «*Derecho flexible*» (J. Carbonnier). Pero entonces ya no se trata de un derecho escrito. No hay regla escrita infalible. ¿Qué los depósitos deben ser restituidos? Pero si vuestro amigo os ha entregado en depósito un arma, y en el intervalo acontece que se vuelve loco, el arma no le debe ser devuelta. ¿Que el prefecto de policía ha proclamado que que en la calle de Assas se debía aparcar el coche al lado derecho? Pero, si hay unos trabajos de vialidad en ese lado derecho, habrá que aparcar en el izquierdo.

Que el derecho positivo esté hecho de reglas universales, es ya una razón de su flaqueza.

2.º *Deficiencias de las autoridades.*

Segunda razón. Acabamos de recordar que en las «conclusiones» de los jurisconsultos entraba una parte de *arbitrariedad.* Y todavía más, cuando para realizar la justicia (§ 290) la ley «determina», a título auxiliar, el procedimiento, la tasa de las penas o el «justo precio».

Cierto, que la *Suma teológica* prohibe sacar pretexto de ello para discutir el valor de las leyes positivas. Toda obra humana es colectiva, incluida la obra de conocimiento. Nada más normal y cotidiano que el someter el propio juicio al juicio de otros miembros del grupo, que tienen la ventaja de disponer en él de una competencia especializada o que están encargados de resolver tal o cual asunto.

Sobre tal proceso que él ha instruido personalmente, el juez sabe más que los periodistas...

Pero prosigo la lectura del texto. A menos de que no se tome a Sto. Tomás por demasiado simple, hay que esperar que la medalla muestre también su reverso.

La demostración es de doble filo. En la práctica, no hay buen régimen en el que la división natural de los oficios no esté actualizada; no hay verdadero régimen mixto, no hay *politeia.* Que los juristas busquen el «bien común», amen el trabajo bien hecho, y sean en su discipli-

na de una competencia superior al vulgo, es una presunción, no una estadística.

Sto. Tomás escribía solamente que, en una ciudad es «más fácil» hallar un pequeño número de sabios o de juristas experimentados que una multitud; no tenía ninguna ilusión sobre la calidad de las «élites», sobre la competencia efectiva de los legisladores, ni sobre la integridad de los magistrados.

242. INACABAMIENTO. En resumen, que es normal dar crédito a los autores de los textos y aceptar el derecho positivo, porque es indispensable, y porque no se tiene nada mejor. Pero de ningún modo de manera incondicional. Los mismos argumentos que han servido para justificarlo, los hemos visto retorcerse y servir también para denunciar su insuficiencia. El derecho positivo no es el término. Las leyes no son todavía el derecho.

Quizá juzguéis pobre esta conclusión. Que tan pronto sea preciso seguir la ley, como sustraerse a ella, ¿no es la evidencia? ¿Qué profesional no tiene conciencia de ello? La dialéctica de Sto. Tomás, ¿no nos ha llevado sino a perogrulladas?

No es esa mi opinión: su encuesta sobre las razones naturales del poder de las leyes no es en modo alguno superflua. Ha permitido distinguir (lo que no hacían los sistemas del idealismo moderno) entre diferentes *motivos* que fundan la autoridad de las leyes escritas, o su posible insuficiencia. Todos ellos *instrumentos* que van a ser útiles al juez en su tarea.

Artículo II

MAS ALLA DE LOS TEXTOS
EL EJEMPLO ROMANO

El positivismo legalista escamoteaba el oficio del juez, tanto como descuidaba el explorar la génesis de las leyes.

Del origen de las leyes, los juristas no tenían que preocuparse: les serían suministradas perfectamente hechas por el «poder legislativo». Luego no quedaría más que *aplicarlas:* tarea de deducción, de «subsunción», de cada caso específico bajo las hipótesis generales previstas por el texto. Oficio servil; para el que podría bastar una máquina, según tales principios, dado que estos fuesen mantenibles...

Se rebaja así al juez al rango de simple ejecutante: de funcionario de la ley. En nuestros programas el procedimiento ha llegado a ser un pariente pobre, la criada del «derecho material».

Pero de pronto una pléyade de autores está en vías de colmar esta laguna. Elijamos al azar dos títulos: Engisch: «*Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschat unserer Zeit*» —H. Motulsky: «*Principes de la realisation du droit positif*». La ley es abstracta, irreal, nos queda todavía el «concretarla». Y hoy se multiplican los estudios sobre ese paso de la ley a las sentencias, sobre los comportamientos, sobre la lógica y la psicología de los jueces, sobre la argumentación (§ 141).

Nos dispensaremos de resumirlos. Una obra de filosofía no tiene que suministrar recetas metodológicas; no nos habíamos señalado otro objeto que las categorías generales o «principios», de los cuales depende todo lo demás. Así que sobre esta última instancia de la vida del derecho, que es la fase del *proceso,* seguiremos contentándonos con agavillar a través de la historia.

—*¿Dónde voy a informarme?* Hasta una época reciente, los romanistas habían excluido de su campo habitual el método del juez. Instruidos en la filosofía moderna, y obnubilados por sus prejuicios legalistas, nos aportan una historia de las *reglas* generales del derecho, y de las soluciones que de ellas se deducirían. Se acantonan en el Digesto, una compilación de reglas jurisprudenciales (que ellos creyeron análogas a nuestras leyes) o se mezclan en la epigrafía y los vemos así apasionarse por el descubrimiento de las «leyes» de las antiguas colonias romanas,

incluso cuando estos textos no tenían ningún alcance jurídico. Pero donde se elaboraban las sentencias era en otra parte: *in judicio,* delante del juez, con el concurso de los abogados.

La operación dependía de la *Retórica.* En Grecia y en Roma, además de los alegatos existió una abundante literatura teórica sobre el arte oratorio. Empezando por la *Retórica* de Aristóteles; o la de Hermágoras, que recientemente A. Giuliani nos ha demostrado que tan instructiva es para la historia del derecho. La Retórica *ad Herennium,* los múltiples tratados de Cicerón (100 páginas en el *De Inventione* sobre el género judicial), etc... De Quintiliano, sus *Instituciones* y sus *Controversias* en donde se encuentra una mina de informaciones para la historia de la justicia romana. Uno de los tres «géneros» principales de la retórica es el *género judicial.* Pero sin duda no es el único, y más bien se trata en él de las causas criminales, en las cuales se practica un tipo de elocuencia muy particular, que del proceso jurídico civil.

En la Edad Media, la Retórica, una de las tres «artes» impuestas a todo estudiante, fue la cuna del derecho. Siguió siendo honrada bajo el Antiguo Régimen, pero luego sólo se conservó su nombre, cuando la ciencia se convirtió en el único modo respetable de conocimiento.

¿Qué especie de Retórica? En el género *judicial,* no se trata en absoluto de *monólogos* (como en los géneros apodíctico, demostrativo, o en el discurso de aparato), sino de *diálogos,* de debates ordenados. Y si el papel personal de cada abogado es el de hacer que su causa vaya adelante (al leer algunas de estas obras se las creería hechas exclusivamente para el uso de los abogados), el *fin* último y *colectivo* de la operación es lo *justo* —según dicen todos los retóricos, después de Aristóteles. Hénos aquí devueltos a la «*dialéctica*», cuyo objeto total es la investigación colectiva de lo verdadero. La retórica *en general* —o la teoría de la palabra— como ya decía Aristóteles y es, por excelencia, el caso de la retórica romana, incluye también la dialéctica.

Dije ya de la dialéctica que fue un arte refinado (§ 163

y s.), digno de constituir lo esencial de la educación de la élite romana. Los dialécticos enseñaban sobre todo el arte de la distinción: llegaron a *distinguir*, partiendo de las *cosas* disputadas (que son los asuntos litigiosos) las especies de *causas*, y para cada causa las diferentes especies de *cuestiones*. Así nació una técnica particular de la controversia para cada especie de causa o cuestión.

Esta sabia técnica se condensa en un arsenal de máximas metodológicas, que forman otros tantos *lugares comunes* (en el sentido derivado de fórmulas prefabricadas, y dispuestas para ser utilizadas en cualquier causa). Más exactamente —por lo que toca a nuestro propósito— la Retórica se enriqueció con una red de lugares *específicos* del género judicial. Algunas de estas máximas particulares para las causas jurídicas fueron recogidas en el Digesto (D.I. 3, relativo al tratamiento de las leyes; L. 16 y L. 17 a las definiciones y reglas). Pero pueden hallarse muchas más en los Tratados de Retórica. Aquí es donde iremos a buscar los principios de un arte judicial.

Llamaremos a esta última fase de la vida del derecho, la fase de la *interpretación*. Devolvamos a esta palabra su antiguo sentido. Incluso tenía en el lenguaje jurídico romano una acepción todavía mucho más amplia. Como *intermediario* entre el asunto litigioso y su solución, el intérprete solía ser el *jurisconsulto:* los jurisconsultos presidían así todos los momentos de la obra del derecho. Como inventores de reglas generales, proseguían su tarea en el estudio del proceso, aconsejando al juez.

¿Qué era en este momento «la interpretación»? Su oficio no se reducía a reconstruir científicamente el significado de las leyes. Pues el intérprete, ayudándose de las leyes, iba *más lejos de las leyes*, continuaba el trabajo del legislador.

243. EXÉGESIS DE LOS TEXTOS. Ciertamente, una de las tareas del intérprete era la de esclarecer las fórmulas legislativas, el edicto del pretor, las máximas jurisprudenciales, los testamentos, los contratos... Nuestros romanis-

tas —prisioneros del positivismo legalista— se atienen a ese único aspecto. Así Stroux agranda en la interpretación de la ley, la oposición de los *verba* y de la *voluntas*. Véase B. Vonglis: «*La lettre et l'esprit dans la jurisprudence romaine et la rethorique*», (1968).

Este es, en efecto, uno de los temas retóricos gratos a Cicerón. Entre las cuestiones del género judicial, se halla la *quaestio legalis*, la *quaestio definitionis:* se discute acerca de la conformidad de un caso específico con la fórmula de una ley o de una definición jurisprudencial. Entonces, en medio de otros preceptos útiles, se encontraba el tópico de los *verba* y de la *voluntas:* ¿se ha de preferir, en la ley la letra, o se ha de buscar su espíritu, yendo en busca de la intención del legislador?

Pero ¿por qué no se ha retenido más que este lugar común, esta única cuestión, cuando la antigua Dialéctica ofrecía una profusión de muchas otras? ¡Cuán necesario, además, para el asunto! Pues no se podía aportar a él una solución global, aplicable a cualquier ley. Es perfectamente vano optar en abstracto y en general (como si todas las reglas de derecho debieran recibir el mismo tratamiento), tanto por «la letra», como por «el espíritu», ya en favor de la interpretación «objetiva», ya de la «subjetiva».

¿Qué pide aquí el intérprete? Discernir *en qué casos* deberá prevalecer la interpretación literal, y en *cuáles* otros habrá de buscar la intención del legislador. La antigua Dialéctica daba respuesta a ello, porque tenía el arte de *distinguir*, según su función, especies diferentes de textos jurídicos.

No tomaré de ella más que un sólo ejemplo: el provecho sacado de la distinción antes mencionada entre las «*conclusiones*» técnicas del derecho natural y las creaciones arbitrarias del legislador.

1.° «Conclusiones».

La mayoría de los productos de la jurisprudencia romana se nos han presentado como el resultado de una

investigación del derecho natural, efectuada partiendo de «casos». La vocación de la dialéctica es la de llevarnos a unos *oroi*, unas *definiciones, regulae.* Dotadas de un valor de *probabilidad*, garatizado por el procedimiento colectivo del que son el fruto. Pero sólo de probabilidad. *Omnis definitio in jure civili periculosa est* (D.50,17, 202). Luego el tratamiento adecuado para este género de textos es la interpretación *abierta*, y que vuelve a ponerlos en cuestión.

Tomemos el caso de la definición romana del *furtum*, descrito primero como el arrebato (*contrectatio*), el hecho de apoderarse de la cosa ajena, definición que implica una regla, puesto que todo robo reclama una sanción. Los jurisconsultos romanos no vacilan en corregirla: la adaptan así al caso del robo de una cosa prestada (cuyo prestatario, para robarla, no tienen necesidad de quitársela al propietario). En el siglo XX todavía convendría retocar la fórmula, para que ella pudiera englobar el robo de electricidad, etc...

El intérprete se libera aquí de la letra, incluso de la intención consciente del legislador. Hay casos en que seguir la ley, *cumplirla*, es excederla. Un buen discípulo no teme así el exceder a su maestro. Siempre que, corporativamente, se ayude con los trabajos del maestro.

2.º «Determinaciones».

Otra es la naturaleza de esas reglas, que, como decía Sto. Tomás, van unidas a los textos doctrinales para ponerlos en práctica; se han tenido así que instituir las tablas de las penas (como lo indicaba Aristóteles al definir el derecho positivo), los plazos y formas del procedimiento. Son las «determinaciones». Lo *justo* instituido arbitrariamente, sin que se puedan dar las razones de ello. Este segundo componente del derecho «positivo» en su sentido más estricto, es el que merece la observancia más rigurosa. Y no porque el juez esté liberado de su deber de control. No tendría, en efecto, que obedecer a unos textos que se saliesen de su oficio únicamente auxi-

liar. Y además, hay que verificar si proceden de la autoridad encargada de aquel sector de la administración. Pero a esos textos se aplicará la interpretación *literal*. Así se demuestra en todos los Tratados de retórica (argumentos en favor de «lo escrito»).

Convendría leer y tratar de modo diferente las definiciones de la propiedad (art. 544), del contrato, o de la responsabilidad (art. 1382) o de los «derechos del hombre» — y las precisiones de la ley sobre las formas de procedimiento, el modo de transferencia de los poderes de un gobierno. etc..., etc...

244. SOLUCIÓN DE LAS ANTINOMIAS. Pero el juez no se contenta con explicitar el sentido de *un* texto. Esta manera de analizar el oficio del intérprete es muy irreal. Una de las razones de la insuficiencia del derecho positivo, como ya lo hemos visto, nace de la pluralidad de las leyes y de su posible *contrariedad*. En todo asunto disputado hay unos textos en pro y otros en contra: por ejemplo, en el asunto Croissant, la regla que prohibe la extradición por crimen político, y por otro lado, una convención concluida en Europa contra el terrorismo. Y el cómo salir de esas «antinomias», es lo que apenas si nos enseñan los capítulos introductorios de los manuales de derecho civil.

En cambio lo hacen ampliamente los tratados de retórica antigua. Nos presentan al juez frente a unos textos diversos: *leges* en sentido estricto, edictos de pretor, reglas o sentencias de los jurisconsultos. Muy a menudo incluso «contrarios». El derecho positivo de los romanos, nacido de abajo arriba, salido de la experiencia, nunca pretendió formar un «orden normativo unitario», como tampoco tendió a la plenitud.

He aquí, pues, una nueva «cuestión» familiar a todos los retóricos: *De contrariis legibus*. ¿Cómo reaccionar ante la *contrariedad* de los textos? Si nuestra lógica científica es impotente para resolver este género de proble-

mas, la dialéctica se mueve allí perfectamente a sus anchas. ¿No es acaso su esencia la de actuar sobre unas *opiniones* diversas, y encontrar el justo medio? La dialéctica proveía al intérprete romano de un arsenal de procedimientos para la solución de las antinomias.

La Medida de las Autoridades. La primera de las operaciones de la dialéctica es la medida y la comprobación de las «*autoridades*» (§ 164). Es una técnica que practicaron los jurisconsultos.

No se contentaron, como hacen los modernos, con moldear las reglas de derecho por medio de una *Jerarquía* extrínseca, prestada por la Política: como la Asamblea Nacional prevalece políticamente sobre los ministros y los los jueces, de ello se deduciría la preeminencia de la ley. *Legalismo* absoluto que los hechos desmienten. Como también nos parece inaceptable la solución del positivismo científico, desarrollada especialmente por Hart (§ 216): «reconocer» un texto como válido, cuando de hecho los jueces lo aceptan y lo siguen, con preferencia a otros.

La «autoridad de la dialéctica no es el *poder*, ni de hecho, ni tal como lo fundamenta un régimen constitucional. Es —en cada especie de cuestión disputada, y en función del fin perseguido— la competencia especializada requerida del autor del texto: una competencia que exige ser verificada, y estimada *cualitativamente.*

Como sabéis, la *auctoritas* es una de las nociones cardinales de la jurisprudencia romana. El nombre de cada jurisconsulto (Labeon - Sabino - Juliano) está rodeado de una aureola cuyo resplandor varía: se otorga más o menos asentimiento a sus *responsa.* Tienen la *auctoritas* el Senado y el Príncipe, el cual se glorifica cuando ve que se le reconoce una supereminencia. Los jurisconsultos de su consejo participarán de ella; de allí viene la fuerza de los *rescriptos* (es decir de la mayoría de las constituciones imperiales). Y la *auctoritas* no es el *imperium* (orden absoluta, indiscutible).

El testimonio más acabado que conocemos de discusión jurídica de las autoridades data de la Edad Media. Interesa a una rama del derecho que por otra parte, es marginal; el derecho canónico. Ya en el siglo XII, Graciano, contemporáneo del Renacimiento del derecho romano y de la lógica aristotélica, y avezado a las artes de la retórica y la dialéctica, compuso su *Decreto,* dividido en «causas» y en «cuestiones» —discutidas partiendo de casos— y en «Distinciones». Empieza la obra clasificando y confrontando en las 20 primeras distinciones, las especies de fuentes positivas: que para el derecho de la Iglesia, son la Biblia, las exégesis de la Sagrada Escritura hecha por los Padres de la Iglesia, los concilios —antiguos o recientes—, las Constituciones de los emperadores, y las Decretales de los Papas. Busca un orden de preferencia entre todas estas fuentes: ¿es que no se han de preferir los textos *antiguos,* apostólicos? ¿Es que una costumbre más reciente puede hacerlos caducos? En ciertos casos las Decretales o las prescripciones de los Concilios, incluso recientes, deberán prevalecer sobre la doctrina más segura y sobre la más antigua. Y el *Decreto* distingue, en el derecho canónico, una parte que no depende «de la ciencia sino del poder» (*potestatem praesidentium*). Si los libros teológicos pueden prevalecer sobre los mandatos positivos «por la ciencia», la inversa vale «*in causis definiendis*», para esos textos que Sto. Tomás llamará «determinaciones». Las soluciones van, pues, a variar según el tipo de problemas (I. Dist. XX *Dictum Gratiani*).

Sin embargo, la obra de Graciano tiene menos por fin fin el sacarnos de las contradicciones de los textos en función de sus «fuentes formales», que el de conciliar su tenor, y armonizarlas. Este es el objeto final de la dialéctica: superar, por la controversia sobre el fondo, la diversidad.

245. DE LOS TEXTOS AL DERECHO. Pues, desde el momento en que ha tomado conciencia de la imperfección de la ley, de su inacabamiento, el intérprete ya no se

sentirá ligado al texto de modo servil. Abramos el tratado de Aristóteles (I.15.2), el *De Inventione* de Cicerón (II. 42, etc.). El jurista no se limita a discutir si el caso específico se «subsume» o no bajo una ley o la definición escrita de tal categoría de negocio (*quaestio negotialis*), sino, en general, si la causa de tal litigante es o no *justa: quaestio* llamada *juridicialis* (*supra*, § 175). Y ante todo, si conviene o no aferrarse a lo escrito (*scriptum*) - *Suma Teológica: Utrum sit semper secundum leges judicandum* (*supra* § 240). Ya conocemos la respuesta: no, cuando el texto va contra la justicia - *In his quae contra rationem juris constituta sunt non possumus sequi regulam juris* (D. I. 3. 15).

En verdad, las leyes injustas *no son* siquiera leyes —*lex esse non videtur quae justa non fuerit*— máxima recogida por Sto. Tomás (Ia IIae q. 96, art. 4), por intermedio de S. Agustín, de los clásicos latinos. «Una ley injusta *no es* una ley».

Fórmula escandalosa a los ojos de los modernos, y que les parece propia para destruír todo orden jurídico, porque ellos han hecho de la «justicia» una pura utopía. Abandonemos estas visiones idealistas. Admitamos que expresar lo justo —en tanto en cuanto eso pueda hacerse— sea el destino habitual de la ley; puesto que ella tiene ese fin. Pero, para la ontología clásica, las cosas no *son*, cuando les falta su causa final. Y si acaece que la ley ha dejado de responder a su fin, de cumplir con su oficio, es claro que ella «*no es*» una ley, como un cuchillo que no corta no es ya un cuchillo.

¿Es que cesa, entonces, la *interpretación*?. El oficio del intérprete desborda el examen de los textos. Según Pomponio —ya citado (D.1.2.2.12.)—, hay incluso una interpretación *sine scripto*, en ausencia de todo escrito; y de una tal interpretación habría salido en su origen el *jus civile* en el sentido propio. *Interpretatio juris. No se interpretan* sólo los escritos: sino las entrañas de los animales, el vuelo de los pájaros, y para los juristas, las costumbres, las «buenas costumbres» del pueblo, el derecho natural. Ved la obra de Pallasse sobre las «Fuentes del derecho»

en la retórica ciceroniana. No son fuente sólo los textos. El derecho tiene otros fundamentos: el *judicatum* (cuando el litigio está ya zanjado), el *par* (cuando dos litigios análogos han de ser zanjados de la misma *manera*) o la *natura,* la naturaleza de las cosas. En este último estadio de la investigación dialéctica de lo justo, el momento del proceso, recurrimos otra vez a la naturaleza. Ya he hecho notar que en el *Corpus Juris Civilis* las referencias al derecho natural eran bastante raras. Pero ante el juez se multiplican.

Perelman vuelve a descubrir el mismo fenómeno al analizar la experiencia judicial contemporánea: porque el objetivo del proceso es la sentencia justa, equitativa.

La epieikeia. Lugares de la *equidad.* Sobre las ocasiones que hacen legítimo y aplicable la busca de la equidad —*aequum et bonum*— todos los tratados de Retórica son de una riqueza inagotable; y también los famosos capítulos de la Etica de Aristóteles y de la Suma Teológica (IIa IIae, qu. 120), que tratan de la *Epieikeia.*

Los modernos la han desfigurado. Pasados al positivismo legalista, pero teniendo que constatar que la estricta observancia de la ley solía conducir a unas sentencias impracticables, utilizaron la equidad para *negar* la ley y para sustraerse a ella. Por otra parte, habiendo perdido el arte de la dialéctica, identificaron la equidad con el sentimiento, con la intuición instructiva del juez, con lo irracional y con lo arbitrario.

Devolvamos a la *epieikeia* su objetivo propio y su método. Sin duda es corrección de la ley positiva; su oficio será el de adaptar la regla escrita a los contornos de cada caso específico, a imitación de la regla lésbica (§ 241). Colma las faltas de la ley y consciente de que en materia de derecho toda fórmula corre el riesgo de extraviar (*Omnis definitio in jure periculosa est*) (D.50.17.202) palía sus excesos de *generalidad.* Ocasionalmente, incluso se elevará por encima de la justicia: inyectará en el derecho «la utilidad», «la oportunidad», «la misericordia» —*honestas, fides, pietas, humanitas, benignitas:* «*Non omne quod licet*

honestum est» (D.50.17.144); «*Semper in dubiis benigniora praeferenda sunt*» (D. 50. 17, 56, cf. D. 1.3. 25 etc....); «*Dubia sunt in meliore parte interpretanda*» (S. Th. IIa IIae, q. 60 art. 4) etc... Cabría recoger en el Digesto cantidad de lugares comunes prestados de la Retórica y el derecho romano les debió mucho progreso. El derecho canónico insistió: Hay textos espléndidos del *Decreto* de Graciano en sus cuestiones sobre la equidad: es la «equidad cristiana...».

Lo que no impide que el fin de la *equitas* —la palabra lo prueba— sea todavía lo igual, el *ison* de Aristóteles, una excelente proporción en el reparto de los bienes y de las cargas (§ 41); la *aequabilitas* de Cicerón, finalidad de todo el arte del derecho (§ 50) —«*Super justitia— epi-eikeia*». La equidad no es la antítesis del «derecho positivo», sino su acabamiento; el último acto de esta empresa colectiva.

Y está conducido con los mismos *medios*. Ciertamente que tendrá algo de discrecional. Como último momento de la operación de descubrimiento del derecho, ella es una *decisión*, de la cual no cabe dar cuenta científicamente. Es obra de *prudencia*. Pero como la regla general está esclarecida por una previa deliberación (igual que el *jury* delibera sobre una nota de examen), y por una confrontación de los puntos de vista. Pero no trata de entregarse al sentimiento subjetivo de un individuo. No se trata del «derecho libre», ni de una «hermenéutica» desenfrenada...

No hemos dado de este modo más que un somero esbozo; dado el disfavor y el declive de los estudios históricos, nuestra exposición sólo podía ser programática.

Pero esta sumaria encuesta basta para demostrarnos la existencia, bajo el régimen de la filosofía clásica del derecho natural, de un *arte judicial*. Mientras que el falso dogma moderno de la soberanía de la ley selló su pérdida; o cuando menos, destruyó su teoría.

246. UN COMIENZO DE CONCLUSIÓN. La metodología clásica no tiene en absoluto el rigor científico que hace a la doctrina de Kelsen tan agradable para los profesores.

¿Bajo qué forma está expresada? En una red de «*distinciones*» y de *adagios*, que en el siglo XIX todavía se citaban en latín. Nuestro ministro de justicia acaba de darles el golpe de gracia (por circular que prohibe el uso del latín), para que los tribunales se desempolven y se democraticen.

Estos adagios, que componían antaño la sabiduría de los jueces, aparte del efecto del esoterismo tenían el de la incertidumbre. El principio *Audiatur et altera pars*, de nada vale cuando el acusado está ausente. Y así sucede con muchos otros ahora olvidados. No eran más que unos «*lugares comunes*», a los cuales siempre se podían oponer otros lugares comunes contrarios; por consiguiente, aproximativos, precarios. Nada de lógica demostrativa, ni de criterios matemáticos, para fundar las soluciones de derecho.

Pues bien, tal es nuestra conclusión. Desde hace tres siglos, dice Max Weber, la historia del Occidente es un proceso desenfrenado de *racionalización*, de extensión generalizada de los procedimientos de la ciencia moderna a todos los sectores de la vida. Los efectos no siempre han sido benéficos. Y así se comprueba en arquitectura, en donde las construcciones de cemento no logran llegar en absoluto a la belleza de las catedrales.

Sin sacrificar la *justicia*, el arte judicial debe conservar su carácter artesano. Lo que no es decir ausencia de método. Pero los métodos axiomáticos propios de la ciencia no le convienen. Y menos aún las técnicas de la «persuasión» retórica.

Es *falso* y es ficticio, mítico, que la ley sea soberana; que la jurisprudencia sea su sierva fiel; que el derecho positivo sea un «sistema»; que la sentencia se infiera de la regla. Es también ilusorio que las sentencias de los jueces sean rigurosamente «previsibles». Pero son también falsas las negaciones de la escuela del derecho libre. La metodología clásica ofrece la ventaja del *realismo*.

Y la de la *actualidad*: renace así en las obras contemporáneas de epistemología jurídica como la serie de pu-

blicaciones de la Escuela de Bruselas, que dirige Ch. Perelman, y otros trabajos sobre los temas de la argumentación o de la «Tópica jurídica» (en especial G. Struck), inspirados todos en algún fragmento de la antigua *dialéctica*. Excepción hecha de la secta de los kelsenianos, prisioneros en su laberinto de construcciones idealistas. Y de la enseñanza oficial, abandonada a sus rutinas.

Si se reflexiona sobre ello, se descubre ante todo una actitud que *asombra*, problema histórico que no entra en el propósito de este libro: pasma, en efecto, que los juristas, fascinados por unos modelos lógicos extrínsecos —o inclinados ante unas mediocres ideologías políticas— hayan podido, en la mayoría de sus «teorías generales», abdicar durante tan largo tiempo de su propia tradición.

Artículo III

EL ECLIPSE DE LA FILOSOFIA CLASICA DEL DERECHO NATURAL *

Pues el hecho está ahí. De la filosofía «realista» —en cuyo seno fue engendrado el derecho romano clásico, y, en la Europa medieval, el renacimiento del derecho— no subsisten más que despojos. Otras filosofías la han derrocado y se han asegurado el dominio de la cultura contemporánea. La «dialéctica», el «derecho natural», el antiguo análisis del derecho positivo, están fenecidos.

Por mi parte, he de confesarme también decepcionado por la última obra del autor de la «*Formation de la pensée juridique moderne*». Explico por qué. Salido de esta antigua «sección *histórica*» de las Facultades de Derecho, hoy difunta, el primer trabajo de Michel Villey fue

* El autor pone la mayor parte de las líneas que siguen en boca de un imaginario crítico (N. del E.).

una tesis sobre la teoría jurídica de la «cruzada» de los siglos XII y XIII. Desde entonces, y como profesor de historia de la filosofía del derecho, le ha faltado el contacto con la práctica. Se ha dicho de él que era un hombre de una Edad Media un poco idealizada; que creía que todavía vivíamos en tiempos de Tomás de Aquino; que su espíritu se había perdido en unas divagaciones anacrónicas. Lo extraño es que un historiador conozca tan mal las adquisiciones de la historia contemporánea.

Estimo que su libro hubiera ganado si hubiese dado el lugar que merecen a las circunstancias de la vida jurídica *moderna*, y a las causas de la *desaparición* de la filosofía clásica del derecho natural.

247. POR EL MOVIMIENTO. Pues en efecto, no faltan explicaciones científicas de este fenómeno. Las más típicas son las de Marx. Aprovechémonos de esos «preciosos métodos analíticos» marxistas, a los cuales debe la ciencia tantos progresos.

Bastará con derrocar el tan discutible postulado de la *primacía de la filosofía* que se acepta al comienzo del libro (§ 18) y con decir lo contrario: que las filosofías —o más bien, ideologías— siguen las mutaciones de la historia, tal como las describe la ciencia histórica. Las ideologías *dependen* (y no a la inversa) de la coyuntura histórica y sobre todo, «en última instancia», del régimen de producción. La ocupación primera del hombre es la de producir los alimentos, y otras riquezas, la de «luchar contra la naturaleza». *Primum vivere.*

¿Qué ha sucedido? La eclosión de una economía comercial —el ensanchamiento del mercado, exigido por la constitución de los Estados modernos. Para apoyar el poder de los Estados modernos, se fabrican las ideologías, llámense Contrato social o principios de la Razón pura. Nace entonces una nueva forma de orden jurídico —que, para servir la producción, se quiere riguroso, previsible, esencialmente *legislativo*. Sobrevino el auge de la legisla-

ción. El incierto método dialéctico de los romanos o de los bartolistas estaba condenado.

Dos siglos más tarde, el crecimiento acelerado de la producción, la concentración de las grandes empresas, un esfuerzo cada vez más fomentado de racionalización del trabajo han provocado la formación de técnicas más sofisticadas. Decae la ley, se recurre a los datos de la sociología, de la criminología, a las encuestas de opinión, al psicoanálisis, a la informática, a la ductilidad de la jurisprudencia, crece por todas partes la administración.

Pero ¿qué podemos hacer hoy con un retorno a los «arcaicos» procedimientos de «derecho natural»?.

O, para atenerme a la historia de la filosofía me asombro al ver que se ignora la evolución que experimentó esta disciplina desde los Griegos hasta nosotros. Los progresos que debió al *Cristianismo.* Nos dio éste el sentimiento de la infinitud, el valor infinito del hombre. Del cristianismo nos vino la idea de los derechos del hombre, que se buscaría en vano en Aristóteles y hasta el sentido que desde entonces tenemos de la *historia.*

De lo cual resulta el hecho de que ya no existe un grupo político «natural». Las sociedades contemporáneas son *artefactos,* productos voluntarios, racionalmente elaborados sobre bases ideológicas; hasta no hace mucho el principio individualista; mañana, el principio socialista. Todavía sigue siendo posible construir proyectos de «nuevas sociedades». Pero, supuesto que hemos entrado ya en la edad del *artificialismo,* ¿no habrá que haber perdido todo sentido de la historia para proponernos salir de él y regresar a la «naturaleza»?.

Sin duda que, en pleno siglo XX, nos encontraríamos con Jacques Maritain, que tuvo la audacia o ligereza de proclamarse «antimoderno»; pero que se arrepintió de ello enseguida y militó por los «derechos del hombre».

Yo no concibo que pueda ser mantenida una posición tan paradójica.

Me siento irritado con el autor, pues comparto la opinión común de que vale más atenerse a los hechos, y el he-

cho presente es que los *fines* que se atribuyen al arte jurídico ya no parecen ser la determinación de «lo justo», ese fantasma metafísico...

El jurista del siglo XX está *a las órdenes:* del Estado, de los negociantes, de los sindicatos, de los derechos del hombre. Si se prefiere, a su servicio. Es un técnico de los textos, un auxiliar de la economía; de una *política* generalmente conservadora; y que puede llegar a ser revolucionaria. El oficio jurídico ya no es autónomo: es normal, que bajo una u otra forma se someta a las leyes, a los programas, venidos del exterior. Como hombres de nuestro tiempo, siguiendo la moda habríamos de optar por el *positivismo jurídico.*

248. PERMANENCIAS. Pero estoy calumniando al autor. ¿Pues acaso no ha respondido ya él a esta objeción? (§ 125).

En el momento actual, han de afrontarse unas categorías de procesos desconocidos de los juristas romanos: conflictos de intereses que contraponen a nuevas especies de *personas* (sociedades multinacionales, sindicatos, fiscos, etc...), sobre nuevas especies de *bienes* (empresas, fuentes energéticas, reparto del oceano, derecho al trabajo y al ocio, etc...). Pero, por encima de los cambios de la historia, hay unas esencias permanentes que son la materia de la filosofía.

Entre estos nuevos intereses, sigue existiendo la misma necesidad de determinar el mejor reparto, y de que se encarguen de este oficio unos órganos especializados. En nuestro mundo devorado por la producción, proliferan los ingenieros; pero esa no es en modo alguno una razón para que también el jurista se convierta en un «ingeniero».

El advenimiento del cristianismo y del subjetivismo moderno, y el descubrimiento del valor infinito de la persona humana nada han cambiado en eso. Sino que ofrecen una razón *suplementaria* para no confundir en absoluto con el derecho, la moral y la política, el servicio del

bienestar de los hombres, o eso que hoy se llama, muy impropiamente, los «derechos del hombre» (§ 88 y s.). Y las distinciones aportadas por la teología de Sto. Tomás, si sus intérpretes modernos no las hubiesen sacrificado, hubieran debido bastar para guardarnos de tales confusiones (§ 61 y s.). La *finalidad* del oficio jurídico sigue siendo la misma.

Tras el fin van los medios. Y nadie ha encontrado jamás otro medio más apropiado para buscar la justicia, que la controversia *dialéctica.* ¿Qué postula la existencia de un «derecho natural», materia prima de los trabajos de los jurisconsultos? No más hoy que en la Antigüedad, pues el orden social no procede en última instancia de las voluntades conscientes de los hombres ni de sus sistemas ideológicos. Sólo el concepto de derecho natural sigue siendo capaz de explicar el origen de las *leyes positivas,* su siempre relativa autoridad, y la manera de servirse de ellas.

En general, el secreto de la constitución de un *lenguaje,* específico del derecho [1] yace oculto en la misma filosofía.

249. Para la Universidad Nueva. En otra perspectiva, siento el temor de que se diga que esta obra peca de anacronismo. Tengo que hacer, ¡ay de mí!, alguna reserva acerca del modo como el autor entiende la filosofía. Su autor está encariñado con la antigua concepción, que él llama griega, de la filosofía, y que la concibe como

1. Se había anunciado (§ 129) que una segunda parte de este tomo trataría del lenguaje. Tengo que renunciar a ello. Sin embargo, uno de los mayores oficios de la filosofía del derecho sería el de restituir a unos términos sofisticados bajo la influencia de las filosofías dominantes de las épocas moderna y contemporánea, su sentido puramente jurídico. Sería una obra inmensa. Hemos esbozado este trabajo en algunos artículos y prefacios de los *Archives de philosophie du droit* (relativos a los términos: derecho subjetivo - interpretación - cosa - propiedad - obligación, o contrato...).

tarea puramente especulativa (§ 11). Pero nosotros vivimos la era de la *técnica.*

Y también se dirá que se ha de tener presente la era de la *ciencia* positiva. Cuando uno se toma el trabajo de comprar un libro de filosofía del derecho, ¿qué es lo que le pide? Que nos aporte conocimientos positivos. Se ha instaurado el hábito de empezar por la recensión, en una parte preliminar, de las doctrinas antiguas; de *reconstruir* históricamente lo que fue la doctrina de cada filósofo. Uno se hubiera contentado con una presentación coherente y no dispersa, que no se limitase a explotar algunos elementos fragmentarios para el esclarecimiento de una tesis bastante personal.

Y claro es que en esta especie de libro, que tiene como fin ponernos al corriente del último estado de la ciencia, habría habido sobre todo que tratar de las doctrinas recientes. El autor nos ha dado largos capítulos sobre los sistemas del siglo XIX y del comienzo del siglo XX (su «período contemporáneo»). Pero muy pequeño número de nuestras presentes cumbres universitarias tendrán el gusto de ver mencionado allí su nombre...

Sobre el movimiento de las ideas de estos últimos decenios, que hubiera justificado la aparición de un nuevo manual, nos hemos quedado con nuestra sed. Casi no he encontrado las palabras fenomenología, sistemismo, formalización... Apenas si aparecen unas pocas páginas sobre el mismo Kelsen y la oleada de literatura que surgió alrededor de su obra. Casi nada se dice sobre las escuelas del análisis del lenguaje, el realismo escandinavo, el estructuralismo, el althusserismo, la escuela de Francfort... Nada sobre el futuro, nada sobre el año 2000. Y a nosotros, a quienes nos incumbe contribuir al avance de la ciencia, ¿con qué se ha permitido él entretenernos? Con una filosofía ya difunta y que es, además, la menos acorde que pueda haber con el régimen actual de los estudios.

Pues es forzoso adaptarlos al estado de la economía. En las sociedades postindustriales, no hay investigación fructuosa si no es colectiva y organizada; incompatible

con esa especie de filosofía que Michel Villey, sordo a los consejos de sus amigos, intenta volver a poner al orden del día. Una condición necesaria para el cumplimiento de los programas previstos por el CNRS es que sean observados por todos con disciplina, dejándose fuera de cuestión y declarados *tabúes* a los principios. Se ha establecido un *consensus* sobre los fundamentos: corte entre el ser y el deber ser, la ciencia de los hechos y las ciencias normativas, la naturaleza y la cultura. ¡Que todos se abstengan siquiera de tocarlos!

Venir ahora a derrocar el sentido de las palabras: «naturaleza - justicia - lógica - derecho», serían errores que sólo podrían llevar a sembrar el desorden en la enseñanza. Peligro contra el cual, dichosamente, estamos asegurados.

250. UTILIDAD. Pero yo no querría que nadie se equivocase sobre mi verdadero pensamiento. Tras haber hecho por mi parte el esfuerzo de leer este libro desde la cruz a la fecha, de seguir así ese río tan largo y lleno de meandros me he instruído enormemente, y no he podido abstenerme de admirar la considerable erudición que está en él. Y aunque en ciertas páginas, usa de la ironía de un modo un poco pesado, yo no le dirigiré más que una pequeña crítica terminal.

El no ha mantenido sus promesas. El tomo I (§ 130) anunciaba «unos *frutos*»: «los frutos estarán en el tomo segundo» ¿Cuáles? Yo hubiera esperado otros. Porque si hemos de creer al autor, en materia de derecho haría falta resignarse al «claroscuro» de la «dialéctica», renunciar a los progresos de la «ciencia», a nuestros principios democráticos —y rectificar nuestro «lenguaje»—. Pero cambiar el lenguaje del grupo es una empresa que excede de las fuerzas del individuo. El autor conviene en ello (§ 146). Entonces, ¿sobre qué se desemboca?

—Sí. Cuando uno se abstiene de cultivar la filosofía y la historia antigua, tienen estas todas las posibilidades

de ser ineficaces. Pero ¿y si tan sólo las Facultades les hicieran un sitio, en vez de excluirlas, y de entregarse en cuerpo y alma a las investigación «científica»?

Mi querido colega, ¿y si empezáseis por incluir en vuestro catálogo de los «derechos del hombre» el derecho del estudiante a la reflexión?

INDICE ALFABETICO *

* Las cifras reenvían a los párrafos numerados.

PUBLICACIONES DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE NAVARRA

Manuales

1. ALVARO D'ORS: *Elementos de Derecho Privado Romano* (2.ª ed.).
2. AURELIO GUAITA: *Derecho administrativo* (agotado).
3. ENRIQUE GIMÉNEZ-ARNAU: *Derecho Notarial* (2.ª ed.).
4. MIGUEL SANCHO IZQUIERDO: *Lecciones de Derecho Natural* (agotado).
5. JOSÉ ZAFRA: *Teoría fundamental del Estado* (agotado).
6. LEANDRO BENAVIDES: *Economía Política General* (agotado).
7. ALVARO D'ORS: *Derecho Privado Romano* (4.ª ed.).
8. JOSÉ ZAFRA: *Régimen político de España* (agotado).
9. JAVIER IRABURU: *Introducción a la economía descriptiva. I. Macro-Economía.*
10. MICHEL VILLEY: *Compendio de Filosofía del Derecho. I. Definiciones y fines del Derecho. II. Los medios del Derecho.*
11. MIGUEL SANCHO IZQUIERDO-JAVIER HERVADA: *Compendio de Derecho Natural*, 2 vols.
12. JAVIER HERVADA: *Introducción crítica al Derecho Natural.*

Jurisprudencia y Textos Legales

1. JOSÉ ANTONIO CORRIENTE: *Textos de Derecho Internacional Público*, I.
2. ENRIQUE PECOURT: *Derecho Internacional Privado español*, Jurisprudencia sistematizada y comentada.
3. ALFREDO GALLEGO ANABITARTE: *Leyes constitucionales y administrativas de España.*
4. JAVIER HERVADA y JOSÉ M. ZUMAQUERO: *Textos internacionales de derechos humanos.*
5. JAVIER HERVADA y JOSÉ M. ZUMAQUERO: *Textos constitucionales españoles (1808-1978).*

Colección jurídica

1. ANTONIO PÉREZ HERNÁNDEZ: *El recurso de agravios.*
2. JOSÉ JAVIER LÓPEZ JACOISTE: *El arrendamiento como aportación del socio* (2.ª ed.).
3. RAFAEL AIZPÚN TUERO: *La representación sucesoria en el Derecho civil de Navarra.*
4. TOMÁS MUÑOZ ROJAS: *El allanamiento a la pretensión del demandante* (agotado).
5. RODRIGO FABIO SUÁREZ MONTES: *El consentimiento en las lesiones.*

6. TOMÁS MUÑOZ ROJAS: *El imputado en el proceso penal* (agotado).
7. VARIOS: *Curso de Derecho Privado Foral Navarro.*
8. VARIOS: *Curso de Derecho Público Foral Navarro.*
9. RAMÓN GARCÍA DE HARO: *El salario como crédito privilegiado* (agotado).
10. AMADOR GARCÍA-BAÑÓN: *El beneficio de separación.*
11. CARMELO DE DIEGO-LORA: *La posesión y los procesos posesorios* (2 tomos).
12. JOSÉ LUIS MURGA GENER: *El arrendamiento rústico en la transmisión «mortis causa».*
13. JOSÉ ZAFRA: *Sentencia constitutiva y sentencia dispositiva.*
14. EZEQUIEL CABALEIRO: *Los tratados internacionales.*
15. RAFAEL ECHEVERRÍA: *La V República francesa.*
16. FRANCISCO GÓMEZ ANTÓN: *El Consejo Foral Administrativo de Navarra.*
17. JOSÉ ANTONIO PASTOR RIDRUEJO: *La jurisprudencia del Tribunal Internacional de La Haya.*
18. ENRIQUE LALAGUNA: *Estudios de Derecho matrimonial.*
19. HANS NAWIASKY (traducción de José Zafra): *Teoría general del Derecho* (agotado).
20. RAMÓN GARCÍA DE HARO: *La posición jurídica del trabajador subordinado.*
21. TOMÁS MUÑOZ ROJAS: *La caducidad de la instancia judicial* (agotado).
22. RODRIGO FABIO SUÁREZ MONTES: *Consideraciones críticas en torno a la doctrina de la antijuridicidad en el finalismo.*
23. JOSÉ M.ª MARTÍNEZ DORAL: *La estructura del conocimiento jurídico.*
24. JOSÉ GONZÁLEZ PALOMINO: *Estudios jurídicos de Arte Menor* (2 tomos).
25 RAFAEL M.ª DE BALBÍN: *La concreción del poder político.*
26. JOSÉ ZAFRA: *El derecho como fuerza social* (agotado).
27. RAMÓN GARCÍA DE HARO: *Régimen jurídico de la formación profesional en derecho español.* Con un anexo de legislación vigente, recopilado por Javier Fernández Micheltorena.
28. ANGEL DÍEZ RONCAL: *Garantías reales sobre maquinaria industrial* (agotado).
29. EDUARDO GUTIÉRREZ DE CABIEDES: *La enajenación forzosa.*
30. JOSÉ ANTONIO DORAL: *La fase de seguridad en la hipoteca.*
31. GONZALO DIÉGUEZ: *Deducción y solución de los conflictos laborales de intereses.*
32. JOSÉ RODRÍGUEZ ITURBE: *El concepto de derecho en la doctrina española actual.*
33. JOSÉ ANTONIO DORAL: *La noción de orden público en el Derecho civil español.*
34. ENRIQUE LALAGUNA: *La enfiteusis en el Derecho civil de Baleares.*

35. KARL ENGISCH (traducción de Juan José Gil Cremades): *La idea de concreción en el derecho* (agotado).
36. GONZALO DIÉGUEZ: *Responsabilidad directa de las prestaciones de Seguridad Social.*
37. VARIOS: *Estudios de Derecho civil en honor del profesor Castán Tobeñas* (6 tomos).
38. JOSÉ LUIS MURGA: *Donaciones y testamentos «in bonum animae» en el Derecho Romano tardío.*
39. ALEJANDRINO FERNÁNDEZ BARREIRO: *La previa información del adversario en el proceso privado romano.*
40. GONZALO DIÉGUEZ: *La fidelidad del trabajador en LCT.*
41. HARRY SAMUELS (traducción de Gonzalo Diéguez): *El Derecho de los Sindicatos.*
42. ALFREDO GARCÍA-BERNARDO: *Sistema jurídico de las Viviendas de Protección Oficial* (2 tomos).
43. PLUTARCO MARSÁ: *La mujer en el Derecho Político.*
44. PLUTARCO MARSÁ: *La mujer en el Derecho Civil.*
45. ANDRÉS DE LA OLIVA SANTOS: *La sociedad irregular mercantil en el proceso.*
46. RAFAEL GÓMEZ PÉREZ: *La ley eterna en la historia.*
47. ANDRÉS DE LA OLIVA SANTOS: *La conexión en el proceso penal* (agotado).
48. FRIEDRICH STEIN (traducción de Andrés de la Oliva Santos): *El conocimiento privado del juez* (agotado).
49. EMILIO VALIÑO: *Acciones pretorias complementarias de la acción civil de la ley Aquilia.*
50. JOSÉ ANTONIO CORRIENTE: *Valoración jurídica de los preámbulos de los Tratados Internacionales.*
51. EMILIO VALIÑO: *«Actiones utiles».*
52. SERGIO COTTA (traducción de Jesús Ballesteros): *Itinerarios humanos del Derecho* (2.ª ed.).
53. EDUARDO GUTIÉRREZ DE CABIEDES: *Estudios de Derecho Procesal.*
54. VARIOS: *El sistema de medidas cautelares.* (IX Reunión de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades españolas).
55. JESÚS M.ª LOBATO: *La cláusula penal en el Derecho español.*
56. JOSÉ LUIS GONZÁLEZ MONTES: *La calificación civil de la quiebra en el proceso penal.*
57. JOSÉ ANTONIO ALVAREZ CAPEROCHIPI: *Derecho patrimonial de los religiosos: cuestiones civiles.*
58. ALEJANDRO GUZMÁN: *Caución tutelar en Derecho Romano.*
59. JOSÉ ZAFRA: *Poder y poderes.*
60. JOSÉ ANGEL TORRES: *La configuración jurídica del volumen de edificabilidad.*
61. VARIOS: *La fe pública mercantil.* Primer Seminario.
62. MODESTO SANTOS CAMACHO: *Etica y Filosofía analítica. Estudio histórico-crítico.*
63. JOSÉ ZAFRA: *Alma y cuerpo del Movimiento Nacional.*
64. MIGUEL MORENO MOCHOLI: *El precario.*

65. ALEJANDRO GUZMÁN: *Dos estudios en torno a la historia de la tutela romana.*
66. GONZALO DIÉGUEZ: *Orden público y conflictos colectivos.*
67. DOMINGO RAMOS-LISSÓN: *La ley según Domingo de Soto.* Estudio teológico-jurídico.
68. FERNANDO DE ARVIZU Y GALARRAGA: *La disposición «mortis causa» en el Derecho español de la Alta Edad Media.*
69. FRANCESCO OLGIATI: *El concepto de juridicidad en Santo Tomás de Aquino.*
70. ANGEL CRISTÓBAL-MONTES: *La administración delegada de la sociedad anónima.*
71. JOSÉ ORTEGO: *Prevención de las infracciones de menores.*
72. FRANCISCO DE ASÍS SANCHO REBULLIDA: *Estudios de Derecho Civil* (2 tomos).
73. FAUSTINO CORDÓN MORENO: *La legitimación en el proceso contencioso-administrativo.*
74. ALVARO D'ORS: *Ensayos de teoría política.*
75. JESÚS GARCÍA LÓPEZ: *Los derechos humanos en Santo Tomás de Aquino.*
76. EMMA MONTANOS: *La familia en la Alta Edad Media española.*
77. GONZALO ROJAS SÁNCHEZ: *Los derechos políticos de asociación y reunión en la España Contemporánea* (1811-1936).

Publicaciones periódicas

— ANUARIO DE DERECHO INTERNACIONAL.
— PERSONA Y DERECHO. *Revista de fundamentación de las instituciones jurídicas y de derechos humanos.*